

Cultuur als verweer



Cultuur als verweer

Een grondslagentheoretische studie naar de ruimte en grenzen van culturele diversiteit
in enige leerstukken van materieel strafrecht

J.M. ten Voorde

ISBN: 978-90-5850-289-6

juni 2007

Uitgevers: Willem-Jan en René van der Wolf

Productie: René van der Wolf

Opmaak: Jook van der Snel

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

tel. 024-3551904

e-mail: wlp@hetnet.nl

<http://www.wolfpublishers.nl>

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur en de uitgever.

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© ontwerp en productie WLP/tekst J.M. ten Voorde

*Cultuur als verweer. Een grondslagentheoretische studie naar de ruimte en grenzen
van culturele diversiteit in enige leerstukken van materieel strafrecht*

*Culture as defence. A fundamental-theoretical study into the scope and limits of
cultural diversity in some doctrines of substantive criminal law*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 28 juni 2007 om 13.30 uur

door

Jeroen Martijn ten Voorde

geboren te Papendrecht

Promotiecommissie

Promotor: prof.dr. R.M.G.E. Foqué

Overige leden: prof.mr. C.P.M. Cleiren
prof.mr.dr. A.M.P. Gaakeer
prof.mr. P.A.M. Mevis

Copromotor: dr. E.M. Galenkamp

Inhoudsopgave

VOORWOORD	XI
HOOFDSTUK 1	
INLEIDING EN VRAAGSTELLING	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Naar de eerste onderzoeksvraag	2
1.2.1 Inleiding	2
1.2.2 Nadruk op het materiële strafrecht	2
1.2.3 Culturele delicten	4
1.2.4 Een juridisch perspectief	7
1.2.5 De rechter als uitgangspunt	8
1.2.6 Ten slotte: geen rechtsvergelijking	9
1.2.7 De eerste vraagstelling	10
1.3 Excursie: Drie oorzaken waarom de Nederlandse strafrechtspleging ruimte biedt voor culturele verschillen	11
1.3.1 Inleiding	11
1.3.2 Openheid over allochtone misdaad	11
1.3.3 De positie van gewetensbezwaarden	14
1.3.4 De ‘unieke flexibiliteit’ van het strafrecht	16
1.4 Naar de tweede vraagstelling	18
1.4.1 Inleiding	18
1.4.2 Ontwikkelingen in het integratiedebat	18
1.4.3 Van multiculturaliteit en multiculturalisme	20
1.4.4 Consequenties van de relatie tussen multiculturaliteit en multiculturalisme	21
1.4.5 De tweede onderzoeksvraag	22
1.5 Opbouw van de studie	25
DEEL I – MATERIEEL STRAFRECHT EN CULTURELE DELICTEN	
<hr/>	
HOOFDSTUK 2	
CULTURELE DELICTEN EN HET MATERIËLE STRAFRECHT	33
2.1 Inleiding	33
2.2 Wetgeving inzake culturele delicten in Nederland	34
2.2.1 Culturele delicten onder de aandacht	34
2.2.2 De strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis	37
2.2.3 De aanpak van eerwraak	42
2.3 Culturele delicten in de Nederlandse jurisprudentie	48
2.3.1 Inleiding	48
2.3.2 Het beslissingsmodel van artikel 348/350 Sv	49
2.3.3 De bewijsvraag en culturele achtergronden	52
2.3.3.1 Bewijs van verkrachting	52
2.3.3.2 Bewijs van schaking	52
2.3.3.3 Bewijs van medeplegen	54
2.3.3.4 Conclusie	55

2.3.4	Rechtvaardigingsgronden en culturele achtergronden	57
2.3.4.1	Winti op Schiphol	57
2.3.4.2	Bloedwraak in Zevenaar	57
2.3.5	Schulduitsluitingsgronden en culturele achtergronden	59
2.3.6	Strafmotivering en culturele achtergronden	61
2.3.7	Conclusie	63
2.4	Culturele delicten in juridisch-dogmatische analyses over materieel strafrecht	64
2.4.1	Inleiding	64
2.4.2	Culturele achtergronden en het bewijs van opzet	65
2.4.3	Culturele achtergronden en de rechtvaardigingsgronden	66
2.4.3.1	Overmacht in de zin van noodtoestand	66
2.4.3.2	Noodweer(exces)	68
2.4.3.3	Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid	71
2.4.4	Culturele achtergronden en de schulduitsluitingsgronden	73
2.4.4.1	Ontoerekenbaarheid	73
2.4.4.2	Psychische overmacht	74
2.4.4.3	Afwezigheid van alle schuld	76
2.4.5	Culturele achtergronden en de strafmaatmotivering	77
2.4.5.1	Inleiding	77
2.4.5.2	De richtlijn van Boksem en Kromdijk	77
2.4.6	Conclusie	80
2.5	Culturele delicten in de Nederlandse strafrechtstheorie	81
2.5.1	Inleiding	81
2.5.2	De verhouding tussen recht en cultuur	82
2.5.3	De scheiding tussen private en publieke sfeer	83
2.5.4	De democratische rechtsstaat als uitgangspunt	85
2.5.5	Conclusie	87
2.6	Systematisering van de resultaten in het licht van het vervolg van het onderzoek	87
2.6.1	Inleiding	87
2.6.2	Wetgeving	88
2.6.3	Jurisprudentie	90
2.6.4	Doctrine	92
2.6.5	Conclusie	94
2.7	Slotopmerkingen	95

DEEL II – MATERIEEL STRAFRECHT EN MULTICULTURALISME

HOOFDSTUK 3

CULTUREEL VERWEER EN DE PLURALISERING VAN JURIDISCHE BEGRIPPEN	101
3.1 Inleiding	101
3.2 Cultureel verweer	102
3.2.1 Inleiding	102
3.2.2 Een omschrijving van cultureel verweer	105
3.2.3 Vormen van cultureel verweer	108
3.2.4 Varianten van een partieel (volitief) cultureel verweer	110
3.2.5 Conclusie	112

3.3	Argumenten voor en tegen cultureel verweer	113
3.3.1	Argumenten voor cultureel verweer	113
3.3.2	Argumenten tegen cultureel verweer	116
3.3.3	Conclusie	120
3.4	Culturele verschillen in een democratische rechtsstaat	122
3.4.1	Inleiding	122
3.4.2	De democratische rechtsstaat in een multiculturele samenleving	122
3.4.2.1	De democratische rechtsstaat in een notedop	122
3.4.2.2	Het rechtsstatelijke aspect van de democratische rechtsstaat	124
3.4.2.3	Het democratische aspect van de democratische rechtsstaat	127
3.4.3	De ruimte voor culturele verschillen in het recht I: collectieve of individuele rechtsbescherming	130
3.4.3.1	Cultureel verweer als collectief recht?	130
3.4.3.2	Bezwaren tegen collectieve rechten in het strafrecht	131
3.4.3.3	De paradox van het cultureel verweer	137
3.4.4	De ruimte voor culturele verschillen in het recht II: tolerantie en assimilatie	138
3.4.4.1	De betekenis van tolerantie	138
3.4.4.2	De betekenis van assimilatie	140
3.4.5	De ruimte voor culturele verschillen in het recht III: open juridische begrippen	142
3.4.6	Conclusie	147
3.5	Het belang van het recht	148
3.5.1	Inleiding	148
3.5.2	De kwetsbare historiciteit van het recht	149
3.5.3	De dubbele betekenis van contrafacticiteit	151
3.5.4	Conclusie	156
3.6	Slotopmerkingen	157
HOOFDSTUK 4		
RECHTSNORMEN, WEDERRECHTELIJKHEID EN DE INVLOED VAN CULTUUR		161
4.1	Inleiding	161
4.2	Verfijning van rechtsnormen	162
4.2.1	Inleiding: twee voorbeelden	162
4.2.2	Normen en rechtsnormen	166
4.2.3	De grondslag voor de verfijning van rechtsnormen I: pluraliteit en verstaan	168
4.2.4	De grondslag voor de verfijning van rechtsnormen II: de aard van rechtsnormen	170
4.2.5	De verfijning van rechtsnormen door normen van migrantenrecht	172
4.2.6	Conclusie	173
4.3	Verfijning van rechtsnormen in het strafrecht	174
4.3.1	Inleiding	174
4.3.2	De betekenis van wederrechtelijkheid	174
4.3.3	Algemene grenzen bij het wederrechtelijkheidsoordeel van culturele delicten	178
4.3.4	De rol en de bepaling van wederrechtelijkheid	184
4.3.4.1	Inleiding	184

4.3.4.2	De private en de publieke sfeer	184
4.3.4.3	Vrijheid in een democratische rechtsstaat	186
4.3.4.4	Vrijheid, rol en aanspreekbaarheid	190
4.3.5	Conclusie	193
4.4	Vrijheid en wederrechtelijkheid	194
4.4.1	Inleiding	194
4.4.2	De rol en het wederrechtelijkheidsoordeel	194
4.4.3	De plaats van het wederrechtelijkheidsoordeel	201
4.4.4	Conclusie	207
4.5	Slotopmerkingen	208

HOOFDSTUK 5

DE INVLOED VAN CULTUUR OP DE VERWIJTBAARHEID		213
5.1	Inleiding	213
5.2	Handeling en schuld	215
5.2.1	Een nadere duiding van de problematiek	215
5.2.2	De psychische component van de handeling	217
5.2.3	Het kennen van de ander	220
5.2.4	Het belang van identiteit voor de aanwezigheid van het strafrechtelijke verwijt	221
5.2.5	Conclusie	224
5.3	Identiteit en cultuur	225
5.3.1	Inleiding	225
5.3.2	Een essentialistische visie op cultuur	225
5.3.3	Een constructivistische visie op cultuur	230
5.3.4	Naar een meer gematigd constructivistische visie op cultuur	233
5.3.5	Cultuur als complex van 'webben van verhalen'	235
5.3.6	Conclusie	238
5.4	Erkenning van culturele verschillen bij de beoordeling van verwijtbaarheid	239
5.4.1	Inleiding	239
5.4.2	Het probleem van vernedering	240
5.4.3	De politiek van erkenning	246
5.4.4	Erkenning en verwijtbaarheid	251
5.4.5	Conclusie	258
5.5	Slotopmerkingen	259

DEEL III – TERUG NAAR HET POSITIEVE RECHT

HOOFDSTUK 6

IDEEËN VOOR DE STRAFRECHTELIJKE PRAKTIJK		269
6.1	Inleiding	269
6.2	Het gevaar van collectieve aansprakelijkheid	270
6.2.1	Inleiding	270
6.2.2	Verruiming van deelnemingsvormen bij culturele delicten	270
6.2.3	Problemen van Gesinnungsstrafrecht en culturele delicten	272
6.3	Normen van migrantenrecht en het wederrechtelijkheidsoordeel	279
6.3.1	Inleiding	279

6.3.2 Een verantwoordelijke burger, ook in het strafrecht	279
6.3.3 Verantwoordelijkheid en wederrechtelijkheid	283
6.3.3.1 Zorgplichten en burgerschap	283
6.3.3.2 Burgerschap en wederrechtelijkheid	286
6.3.3.3 Burgerschap en rechtvaardigingsgronden	289
6.3.4 Cultuur als grond voor strafverzwaring?	293
6.4 De subjectivering van het schuldoordeel	296
6.4.1 Inleiding	296
6.4.2 Een objectieve of subjectieve beoordeling van psychische overmacht?	297
6.4.3 Beperking van psychische overmacht en het belang van de identiteit van de verdachte	302
6.5 Slotopmerkingen	306
HOOFDSTUK 7	
CONCLUSIES EN UITLEIDING	309
7.1 Inleiding	309
7.2 De onderzoeksvragen	310
7.3 De eerste onderzoeksvraag	311
7.4 De tweede onderzoeksvraag, eerste deelvraag	316
7.4.1 Rechtsbescherming in een multiculturele samenleving	316
7.4.2 Eerste zetten naar verantwoordelijkheid	317
7.4.3 Het belang van het recht	319
7.5 De tweede en derde deelvraag	321
7.5.1 Wederrechtelijkheid en burgerschap	321
7.5.2 Verwijtbaarheid en erkenning	325
7.6 Uitleiding	327
SAMENVATTING	329
SUMMARY	335
LITERATUUR, PARLEMENTAIRE STUKKEN EN JURISPRUDENTIE	341
TREFWOORDENREGISTER	385
CURRICULUM VITAE	391

Voorwoord

In het voorjaar van 2001 werd ik aangesteld als onderzoeker-in-opleiding bij een door de stichting Nederlands Wetenschappelijk Onderzoek gefinancierd ASPASIA-project, getiteld: 'De ruimte voor en de grenzen van culturele diversiteit. Een grondslagen-onderzoek', projectnummer 015.000.078 met Marlies Galenkamp als projectleider. Het onderzoek startte op een moment dat de publieke discussie over de multiculturele samenleving nog niet in alle hevigheid was losgebarsten. In de meerderheid van de politieke opinie leek de opvatting te bestaan dat de multiculturele samenleving een verrijking is voor Nederland en problemen na verloop van tijd vanzelf zouden oplossen.

Dit beeld is in rap tempo veranderd. De aanslagen van elf september, krap drie maanden na de start van mijn onderzoek, maar vooral de opkomst van Pim Fortuyn en zijn anti-immigratie- en anti-islamitische stellingnames hebben de opvattingen in de Nederlandse samenleving in sterke mate veranderd. Die maatschappelijke veranderingen hebben ook tot herbezinning over de plaats van cultuur in het strafrecht geleid. Vooral over de vraag in hoeverre het plegen van strafbare feiten op basis van een bepaalde culturele achtergrond in voor de allochtone justitiabele positieve of negatieve zin moet worden beantwoord, wordt uiteenlopend gedacht. Een thema als eerwraak werd in 2001 slechts in beperkte kring besproken, maar is nu onderwerp van een brede maatschappelijke discussie. En dat geldt voor vergelijkbare 'multiculturele' onderwerpen. Het is opvallend dat de negatieve aspecten van de multiculturele samenleving de overhand hebben gekregen. In hoeverre het eind februari 2007 aangetreden kabinet, dat een 'nieuw elan' wil uitstralen, daarin verandering zal brengen, zullen we moeten afwachten. Het nieuwe elan wordt 'ter rechterzijde' in ieder geval zonder scrupules soms keihard bestreden.

Met het onderhavige onderzoek wil ik steun geven aan hen die de harde, kille en benauwende en sinds de opkomst van Fortuyn dominante opvattingen over immigratie en integratie willen beantwoorden met een andere, niet softe, maar wel rechtvaardiger visie. De multiculturele samenleving is een gegeven dat verschillende vragen oproept waarmee ook het strafrecht wordt uitgedaagd. Het gaat er enerzijds om die uitdaging niet uit te weg te gaan, maar anderzijds ook niet om de samenleving op slot te doen, haar bepaalde grondwaarden te ontnemen en elke ruimte voor diversiteit af te knijpen. Vertrekkend vanuit het concept van de democratische rechtsstaat probeer ik inzicht te geven in de ruimte en grenzen van culturele diversiteit, zowel in abstracte als in toegepaste, strafrechtelijke zin. Het abstracte deel van dit onderzoek bevat rechtsfilosofische, politiek filosofische en cultureel-antropologische analyses. Ik wil de lezer daarbij vooraf waarschuwen. Sommige uitwijdingen zijn nodig geweest om lezers uit de diverse wetenschappelijke disciplines voor wie dit boek is geschreven behulpzaam te zijn. Dat kan ertoe leiden dat voor sommigen bepaalde uitwijdingen overbodig lijken. De lezer zij erop gewezen dat die nodig waren om ook de lezer uit andere disciplines de gelegenheid te geven alle stappen in mijn argumentatie te kunnen blijven volgen.

Ik had dit onderzoek nooit kunnen beginnen en afronden zonder de financiële steun van de stichting Nederlands Wetenschappelijk Onderzoek. Ik dank NWO dat zij dit onderzoek mogelijk heeft gemaakt. In de tweede plaats bedank ik mijn promotor en co-promotor, René Foqué en Marlies Galenkamp. René dank ik voor de verschillende inspirerende gesprekken en de steun die hij op allerlei manieren, ook na mijn vertrek uit Rotterdam, heeft gegeven. Marlies bedank ik voor zowel haar inten-

sieve en minstens zo inspirerende dagelijkse begeleiding, het minutieuze commentaar op mijn stukken die mij altijd opnieuw uitdaagden mijn opvattingen scherper te stellen, maar ook voor de door mij soms zo gewenste afleidende gesprekken over alle facetten van het dagelijks leven.

In de derde plaats dank ik ook mijn (oud-)collega's in Rotterdam en Leiden. Van mijn Rotterdamse oud-collega's wil ik speciaal Jean-Marc Piret bedanken voor het feit dat hij mij zoveel leerde van ideeëngeschiedenis en politieke filosofie. Zijn verhalen zijn een enorme inspiratie gebleven. Mijn overstap naar Leiden heeft mij weer eens laten zien dat collegialiteit en vriendschappelijkheid samen kunnen gaan. Gezelligheid op zijn tijd gaat gepaard met vaak heel hard werken aan gezamenlijke 'producten', zowel op het gebied van onderwijs als onderzoek. Zonder volledig te zijn bedank ik Ard, Jan, Maartje, Marieke, Patrick en Pinar voor het feit dat ik mij zo snel in Leiden thuis ben gaan voelen en voor de steun die zij mij bij het afronden van het proefschrift gaven. Dat geldt ook voor vrienden buiten werktijd, waarbij ik Cor en Paul in het bijzonder noem. Zij waren altijd bereid mijn gedachten aan te horen, maar hebben ook de nodige afleiding gegeven.

In de vierde plaats wil ik mijn ouders bedanken. Zij hebben mij de voor mij ideale ruimte geboden om mezelf te kunnen ontwikkelen en daarin mijn eigen keuzes te kunnen maken. Hun onvoorwaardelijke steun om die keuzes te kunnen maken, is – naar ik heb gemerkt – niet altijd vanzelfsprekend. Dat besef maakt mijn dankbaarheid jegens hen alleen maar groter. Naast mijn ouders gaat mijn dank ook uit naar mijn zus Marieke die mij vaak zoveel steun heeft gegeven dat zij een geboren paranimf is op wie ik hopelijk nog lang mag bouwen. Haar vriend Erik mag ik in dit verband niet vergeten. Het doorzettingsvermogen dat hij heeft getoond in de combinatie van het volgen van een opleiding van hoog niveau en een drukke baan (en dat met een – naar uiterlijke verschijningsvorm – onverwoestbaar optimisme) was altijd een voorbeeld.

De laatste woorden van dit voorwoord zijn voor Mirjam. Ons leven samen is door een promotie ontstaan en tot dusver door onze beider proefschriften beïnvloed. Jouw promotie op 23 november 2006 was een soort generale repetitie. Samen konden we dit mooie resultaat niet uitbundig vieren, omdat ik met de afronding van mijn proefschrift bezig was en daardoor mentaal nagenoeg afwezig was. Nu ook mijn proefschrift is afgerond, is het tijd geworden om weer te gaan ontspannen, weekends vrijaf te nemen en leuke dingen te doen, zodat we kunnen doen wat voor ons zo belangrijk is: van de kleine dingen van het leven te genieten.

Utrecht, 2 april 2007

HOOFDSTUK 1

Inleiding en vraagstelling

1.1 Inleiding

1. In de geschreven media zijn zo nu en dan berichten als navolgende te vinden. 'De seksuele relatie van een verloofd Turks meisje met een getrouwde Turkse collega leidde tot de schiet- en steekpartij op 3 december 2003 voor de deur van Schoonmaakbedrijf Kinderdijk in Alblasserdam. (...) De hoofdverdachte T.K. (26) verwondde de minnaar van zijn schoonzusje levensgevaarlijk met een pistool. Zelf werd hij gestoken met een mes. Hem hangt tien jaar cel boven het hoofd. Officier van justitie mevrouw mr. S. Gajadhar meent dat er sprake is van eerwraak. Tijdens familieberaad zou K. zijn aangewezen om het vonnis te voltrekken. Daarna moest ook het overspelige meisje worden vermoord.'¹ In een andere zaak kon het volgende bericht worden gelezen. 'Het hof in Den Haag heeft gisteren een 41-jarige man en zijn 40-jarige vrouw uit Dordrecht tien en zes jaar opgelegd voor het ombrengen van hun dochter Sudobe (16). Zij zou al jong haar maagdelijkheid hebben verloren en stond op het punt te gaan samenwonen en had zo volgens de Afghaanse ouders de familie-eer bezoedeld.'² Tenslotte kan nog worden gewezen op een zaak uit 2002 waarin leden van twee families in een schietpartij verwikkeld raakten vanwege een jarenlang slepende 'bloedwraak'. Het resultaat van deze in een woonwijk plaatsvindende schietpartij in Zevenaar waren twee doden en meerdere gewonden, veel media-aandacht en zelfs een verzoek aan de koningin een bemiddelaar te zoeken om het geweld te beëindigen.³

2. Met de komst van honderdduizenden immigranten in de afgelopen vijftig jaar is de Nederlandse samenleving multicultureel geworden. De culturele diversiteit die deze samenleving kenmerkt, vormt al langere tijd een uitdaging voor het hier te lande geldende recht,⁴ niet in de laatste plaats het strafrecht. Het strafrecht wordt geconfronteerd met de zogenaamde 'problematische implicaties' van deze culturele diversiteit.⁵ Daarmee doelt het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) onder andere op bovenstaande voorbeelden, die in de Nederlandse samenleving tot spanningen, onbegrip en wantrouwen leiden. Niet altijd leiden zij tot ingrijpen door de strafrechtelijke overheid, maar in sommige situaties kan strafrechtelijk optreden noodzakelijk lijken. Het vervolgen, berechten en bestraffen van dergelijke gevallen is veelal niet eenvoudig. Doordat de aandacht voor dergelijke gevallen de laatste tijd groter is geworden, is ook de roep naar oplossingen luider geworden.

3. Wanneer we de bovengenoemde zaken uitwerken, blijkt dat verscheidene oplossingen mogelijk zijn. In de eerstgenoemde zaak werden verschillende verdachten vervolgd wegens medeplegen, omdat, zo stelde de officier van justitie, de aanwezigheid van een familieberaad tot een 'bewuste samenwerking' en 'gezamenlijke uitvoering' had geleid. De rechtbank dacht hier anders over en kon daarom een aantal verdachten

¹ *De Dordtenaar* 11 juni 2004.

² *Trouw* 30 oktober 2002.

³ Zie *NRC Handelsblad* 12 december 2002. Deze zaak is besproken in Bovenkerk en Yeşilgöz 2003, p. 1-3.

⁴ Zie Van Manen 2002, p. 103-367, Foblets 2002, p. 35-36.

⁵ Zie Sociaal Cultureel Planbureau 1998, p. 263.

niet veroordelen. De verdachten die wel werden veroordeeld kregen vrij lange gevangenisstraffen. De motivering daarvoor lag deels in het door cultuur gekleurde motief. De rechtbank oordeelde 'geschokt' te zijn door de gewelddadige reactie op het nieuws van de seksuele relatie tussen het meisje en een andere man.⁶ In de zaak tegen de ouders van Sudobe wordt gesproken van een 'zeer ernstig feit' en vond het gerechtshof geen reden de culturele achtergrond in voor verdachte gunstige zin mee te wegen.⁷ In de zaak rond de schietpartij in Zevenaar blijkt echter dat met behulp van het bestaande materieel-strafrechtelijke instrumentarium toch in voor de verdachten positieve zin rekening kan worden gehouden met de culturele achtergrond. Het Arnhemse gerechtshof oordeelde 'in het licht van de bloedwraak' dat de verdachten zich hadden verdedigd conform de eisen van artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr).⁸ Aan deze zaak is echter opvallend, dat in de enige strafmotivering (de verdachte kon veroordeeld worden wegens verboden wapenbezit, de overigen gingen vrijuit bij gebrek aan bewijs of wegens een succesvol beroep op noodweer) het hof de bloedwraak op zich als 'volstrekt onacceptabel' omschreef.⁹ Uit deze zaak blijkt mijns inziens een zekere worsteling met de wijze waarop met bepaalde aspecten van de multiculturele samenleving moet worden omgegaan.

1.2 Naar de eerste onderzoeksvraag

1.2.1 *Inleiding*

4. Om inzicht te verschaffen in de wijze waarop het strafrecht antwoord moet of zou kunnen bieden op deze problematische implicaties, dienen ten behoeve van dit onderzoek een viertal beperkingen in acht genomen te worden, namelijk a) ten aanzien van het onderdeel van het strafrecht dat ik wil behandelen, b) ten aanzien van de voor het strafrecht relevante culturele uitingen die worden behandeld, c) ten aanzien van de wijze van onderzoek d) ten aanzien van het te kiezen perspectief (rechter of wetgever) en e) ten aanzien van de vraag in hoeverre in deze studie rechtsvergelijkend onderzoek plaatsvindt. Ik beperk het onderzoek ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag als volgt. Ten eerste wordt de nadruk gelegd op het materiële strafrecht. Daaruit volgt ten tweede dat alleen wordt stilgestaan bij door allochtonen gepleegde zogeheten culturele delicten. De culturele delicten die worden behandeld behoren tot de zwaarste categorie strafbare feiten, namelijk de rechtsdelicten. Ten derde is het eerste deel van dit onderzoek niet sociaal-wetenschappelijk, maar rechtswetenschappelijk onderzoek waarbij de nadruk ligt op een uiteenzetting van jurisprudentie, dogmatiek en wetgeving. Ten vierde zal ik het onderzoek toelagen op de rol van de rechter. Tenslotte wordt ten beantwoording van de eerste onderzoeksvraag niet aan rechtsvergelijking gedaan.

1.2.2 *Nadruk op het materiële strafrecht*

5. Ad a) In de eerste plaats kan het strafrecht worden verdeeld in drie onderdelen, namelijk het materiële strafrecht, het strafprocesrecht en het penitentiaire recht.¹⁰ In elk van deze onderdelen bestaat de mogelijkheid om met de culturele achtergrond van de

⁶ Rb Dordrecht 24 juni 2004, *LJN* AP1791.

⁷ Hof 's-Gravenhage 18 september 2001, *LJN* AD4064, Hof 's-Gravenhage 18 september 2001, *LJN* AD6285.

⁸ Hof Arnhem 12 juni 2002, *LJN* AE4024.

⁹ Hof Arnhem 12 juni 2002, *LJN* AE4029.

¹⁰ Zie Kelk 2005, p. 3, De Hullu 2006, p. 1.

allochtone justitiabele rekening te houden. In het strafprocesrecht kan een getuige bijvoorbeeld de eed afleggen conform zijn eigen religieuze overtuiging,¹¹ in het penitentiaire recht bestaat de mogelijkheid om in overeenstemming met religieuze voorschriften bereid voedsel te krijgen, zoals halal vlees.¹² In het materiële strafrecht kan de *culturele achtergrond* van de verdachte, dat wil zeggen zijn ‘persoonlijke cultuur’ die door individuele keuzes en collectieve elementen zoals etniciteit, sociale klasse, religie en dergelijke wordt vormgegeven, worden meegewogen bij beoordeling van de inhoud van bestanddelen van een delictsomschrijving of bij een beroep op strafuitsluitingsgronden.¹³

Ik beperk dit onderzoek om drie redenen tot het materiële strafrecht.¹⁴ In de eerste plaats zijn zowel het strafprocesrecht als het penitentiaire recht onderwerp geweest van twee uitvoerige studies die betrekking hebben op de vraag welke ruimte bestaat en kan bestaan voor culturele verschillen.¹⁵ Dergelijk onderzoek heeft weliswaar ook plaatsgevonden ten aanzien van het materiële strafrecht,¹⁶ maar dat onderzoek (van Siesling) vertrok vanuit het perspectief van de advocaat. Een dergelijk perspectief wordt hier niet gekozen. In de tweede plaats past deze afbakening in de groeiende aandacht voor het materiële strafrecht. Kon ruim tien jaar geleden nog de klacht worden gehoord, dat het strafprocesrecht in het strafrechtswetenschappelijke onderzoek teveel aandacht krijgt,¹⁷ de laatste tijd is een opbloei van literatuur op het terrein van materieelstrafrechtelijke leerstukken waar te nemen.¹⁸ Dit is om twee redenen toe te juichen. Ten eerste heeft het materiële strafrecht een zelfstandige betekenis,¹⁹ die ook los van het formele strafrecht moet worden onderzocht. Ten tweede is het materiële strafrecht de plaats waarin het conflict tussen sommige door allochtonen gepleegde gedragingen en de normen van de *ontvangende samenleving* het meest duidelijk tot uitdrukking komt. In het materiële strafrecht liggen de opvattingen van de ontvangende samenleving over bepaalde gedragingen en de afkeuring daarvan neergelegd. De vraag is of de culturele diversiteit van de Nederlandse samenleving betrokken kan worden bij de omschrijving van de strafrechtelijke normen die in het materiële strafrecht liggen. In de vierde plaats wordt deze studie tot het materiële strafrecht beperkt om oeverloosheid te voorkomen.

6. De keuze voor het materiële strafrecht leidt tot een nadere omschrijving van het onderzoeksobject. Ik veronderstel dat in het materiële strafrecht normen zijn neergelegd die verwijzen naar in een samenleving heersende sociale opvattingen, die bepalen wat burgers mogen en niet mogen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aan de hand van de vier voorwaarden voor strafbaarheid in algemene leerstukken uitgewerkt,

¹¹ Artikel 3, Wet vorm van de eed, 17 juli 1911, *Stb.* 1911, 215.

¹² Circulaire 15 maart 2002, nr. 5138552/01/DJI.

¹³ Zie hoofdstuk 2.

¹⁴ Het omschrijven van materieelstrafrechtelijke leerstukken vindt plaats met behulp van de handboeken van De Hullu (2006), Kelk (2005) en Hazewinkel-Suringa/Remmeling (1996). Daar waar extra duiding van een leerstuk nodig is, wordt gebruik gemaakt van specialistische literatuur en jurisprudentie. Ik erken dat de ontwikkeling van de meeste leerstukken in de jurisprudentie plaatsvindt. Toch heb ik ervoor gekozen deze jurisprudentie niet te bespreken. Dat zou de aandacht te veel afleiden van de problematiek die ik wil behandelen. Voor verwijzingen naar jurisprudentie verwijs ik naar genoemde handboeken.

¹⁵ Zie Wiersinga 2002, Post 2005.

¹⁶ Zie Siesling 2006.

¹⁷ Groenhuijsen 1992, p. 1.

¹⁸ Zie D.H. de Jong 2000.

¹⁹ Zie 't Hart 2001, p. 186–196, Nijboer en Wemes 1990.

wat tot beperking of uitbreiding van aansprakelijkheid kan leiden. We spreken van een strafbaar feit indien sprake is van een menselijke gedraging, vervat in een wettelijke delictomschrijving, die wederrechtelijk is en aan schuld te wijten.²⁰ Elk van deze vragen wordt in de vragen van artikel 350 Wetboek van Strafvordering (Sv) in formeelstrafrechtelijke termen vertaald. Artikel 350 Sv vormt de sleutel die de rechter in iedere (eind)uitspraak gebruikt om tot een beoordeling van de hem voorliggende zaak te komen. In deze bepaling worden de zogeheten materiële vragen beantwoord op basis waarvan de feiten en omstandigheden van gedrag en verdachte worden beoordeeld. De dwingende volgorde van de vragen brengt met zich dat het opleggen van een straf of maatregel pas dan mogelijk is wanneer alle voorgaande (drie) vragen positief beantwoord worden. Deze vragen zijn, afgezien van de vraag van de op te leggen straf of maatregel, de vraag of de ten laste gelegde feiten bewezen kunnen worden, of dit bewezenverklarde feit strafbaar is en of de verdachte daarvan dader is. In andere termen gaat het om bewijs van een menselijke gedraging zoals in de tenlastelegging omschreven, om kwalificatie van het bewezenverklarde in een wettelijke delictomschrijving, om de wederrechtelijkheid van het bewezenverklarde en gekwalificeerde feit en om het individuele verwijt dat de verdachte gemaakt kan worden. Dit kader vormt, zoals ik in hoofdstuk 2 zal aangeven, het handvat voor het onderhavige onderzoek.

1.2.3 *Culturele delicten*

7. Ad b) De keuze voor het materiële strafrecht betekent dat de nadruk wordt gelegd op door de culturele achtergrond van de justitiabele te verklaren handelingen. In het strafprocesrecht is de nadruk niet zozeer gericht op het strafbare gedrag, maar op de positie van de verdachte en diens rechtsbescherming in de verschillende fasen van de strafrechtspleging.²¹ Daarin is de vraag in hoeverre in de betreffende fasen (grootweg te verdelen in voorbereidend onderzoek en hoofd- of eindonderzoek) ruimte zou moeten bestaan om rekening te houden met de culturele achtergrond van de justitiabele. De discussie richt zich bijvoorbeeld op het verplicht inschakelen van tolken en vertalers in het voorbereidend onderzoek, de wens tot een wettelijke regeling omtrent de kwaliteit van tolken en vertalers,²² en de positie van de deskundige.²³ In het penitentiaire recht gaat het, in het licht van een goede uitvoering van de detentie en het bewaren van orde in penitentiaire inrichtingen, om goede informatieverstrekking, medische zorg, erkenning van de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing en het recht op resocialisatie.²⁴ In het materiële strafrecht richt de aandacht zich op de zogenoemde *culturele delicten* en aansprakelijkheid van justitiabelen voor dergelijke strafbare feiten.

8. Culturele delicten worden omschreven als ‘gedragingen, strafbaar volgens strafrecht, maar toelaatbaar volgens intern recht van de sociale groep – meestal een migrantengroepen – waartoe de justitiabele behoort.’²⁵ Kenmerkend voor deze omschrijving is dat de gedraging naar Nederlands recht strafbaar is, maar wordt geaccepteerd binnen de groep waartoe de justitiabele behoort. Toelaatbaarheid is een rekbaar begrip. Soms is er binnen de groep openlijke steun voor het delict, in andere gevallen is deze steun stil-

²⁰ Enschedé/Bosch 2005, p. 29-30.

²¹ Zie Wiersinga 2002.

²² Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29.936, nr. 2.

²³ Zie Wiersinga 2005.

²⁴ Zie Post 2005.

²⁵ Strijbosch 1991, p. 666. Zie ook Foblets 1998.

zwijgend en ten slotte wordt in andere gevallen de gedraging gedoogd.²⁶ De term ‘intern recht’ waarvan de definitie spreekt moet ruim worden opgevat. Het gaat hier veelal niet om het recht van het land van herkomst, maar om *migrantenrecht*,²⁷ dat wil zeggen het ongeschreven gewoonterecht van de groep waartoe de verdachte zegt te behoren.²⁸ De nadruk op migrantenrecht geeft aan dat de discussie over culturele delicten zich in deze studie beperkt tot immigranten en hun nakomelingen (allochtonen)²⁹ en niet zich uitstrekt tot gedragingen van zogenoemde nationale minderheden of inheemse groepen.³⁰

9. Er zijn verschillende soorten culturele delicten te onderscheiden. In de eerste plaats kunnen we spreken van culturele delicten, waarvan de gedraging naar Nederlands recht tot de zwaarste misdrijven wordt gerekend die de rechtsorde ernstig schokt. Deze delicten hebben de laatste tijd veel aandacht gekregen in de media, de politiek, de rechtspraak en wetenschap. Het gaat dan om eerwraak, bloedwraak, meisjesbesnijdenis en geweldpleging onder bedreiging van winti. Deze delicten zullen in hoofdstuk 2 terugkomen als voorbeelden van culturele delicten waarover in de politieke discussies en doctrine wordt gediscussieerd. Sommige van deze delicten komen ook in de jurisprudentie terug. Eerwraak wordt omschreven als het om het leven brengen van een ander om de geschonden kuisheid van een vrouw in de familie te wreken en daarmee de eer van de familie te redden.³¹ Bloedwraak is wraak naar aanleiding van schending van de mannelijke eer, die vaak met weerwraak wordt gewroken waardoor een spiraal van geweld tussen twee of meer families kan ontstaan.³² Meisjesbesnijdenis wordt omschreven als ‘alle handelingen die partiële of totale verwijdering van de externe genitalia omvat en/of beschadiging van vrouwelijke genitale organen vanuit culturele of andere niet-geneeskundige redenen.’³³ Winti’s zijn zijn lagere goden, die vertoornd kunnen zijn en die iemand ertoe kunnen brengen fysiek geweld te plegen.³⁴ Dergelijke delicten zijn misdrijven. Eer- en bloedwraak zijn strafbaar als moord of doodslag, meisjes-

²⁶ Zie 't Hart in noot onder HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, Van Broeck 2001, p. 5.

²⁷ Strijbosch 1993, p. 8.

²⁸ Van Broeck 2001, p. 7.

²⁹ Het begrip allochtoon verwijst naar de door het Centraal Bureau voor de Statistiek gehanteerde definitie (zie bijv. Garssen, Nicholas en Sprangers 2005). De term staat ter discussie, omdat een te groot onderscheid wordt gemaakt tussen allochtonen en autochtonen. Sommigen praten liever over Turkse of Marokkaanse Nederlanders. Ik heb begrip hiervoor, maar wil voor het gemak, de bekendheid en duidelijkheid van de term toch aan het begrip allochtonen vasthouden. Het begrip Turkse Nederlanders verhult namelijk dat niet alle Turken Nederlander zijn in de zin van de Rijkswet op het Nederlanderschap. Juridisch is het dan niet juist om de term voor alle Turken, ook zij die geen Nederlander te zijn, te gebruiken. Het begrip Turkse Nederlander hanteren voor Turken met een Nederlands paspoort maakt dan onderscheid met hen die niet dat paspoort hebben. Moeten we de rest dan Nederlandse Turken noemen? Dan wordt een onderscheid gecreëerd dat net zo negatief kan zijn dat tussen allochtoon en autochtoon.

³⁰ Hoe interessant ook, geen aandacht wordt geschonken aan binnenlandse religieuze groeperingen (o.a. vertegenwoordigd door de SGP) die de grondwettelijk verankerde gelijkheid tussen mannen en vrouwen in het openbare leven niet naleven op grond van de religieuze overtuiging dat vrouwen zich niet in het openbare (d.w.z. politieke) leven hebben te mengen. Zie over de SGP o.a. Kanne 2004, Barkhuysen 2004.

³¹ Van Eck 2001a, p. 13.

³² Van Eck 2001a, p. 38.

³³ ‘...all procedures that involve partial or total removal of the external genitalia and/or injury to female genital organs for cultural or any other non-therapeutic reasons.’ Zie Kool et al. 2005, p. 11.

³⁴ Zie Van Wetering 2003.

besnijdenis als een vorm van mishandeling,³⁵ geweldpleging onder invloed van winti's kan op verschillende manieren vervolgd worden, afhankelijk van het type geweldpleging.

In de tweede plaats kunnen ook lichtere vergrijpen culturele delicten zijn. We vinden ons dan in de sfeer van de overtredingen. Een bekend voorbeeld is van de Hindoestaanse man die de as van een overledene in het kanaal strooit en daarvoor wordt beboet wegens het overtreden van de Algemeen Plaatselijke Verordening (APV) van de gemeente waarin het feit plaatsvond. De man stelde te dwalen ten aanzien van het recht en gaf aan dat hij enkel zijn religieuze rituelen volgde.³⁶ Andere voorbeelden houden verband met de regelingen ten aanzien van ritueel slachten.³⁷ Het kenmerkende van dergelijke delicten is het 'triviale karakter' ervan.³⁸ Ze worden van oudsher en ter onderscheiding van rechtsdelicten *wetsdelicten* genoemd, dat wil zeggen strafbare gedragingen met een oppervlakkig karakter, namelijk 'in de eerste plaats de ordening van de samenleving ondersteunen, maar die niet zo diep ingrijpen in de gewetensfunctie van de mens als mens.'³⁹ In dit onderzoek laat ik dergelijke delicten buiten beschouwing. Het verstorende karakter van dergelijke delicten leidt ertoe dat zij onderdeel zijn van het debat over het onderscheid tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Dit vergt een ander type onderzoek, namelijk naar de effecten in het bestuursrecht van de multiculturele samenleving. Daarover is tot op heden niet veel bekend.⁴⁰ Nader onderzoek is gewenst.⁴¹ Ik acht het, vanwege de mengeling met het bestuursrecht, hier niet de plaats daarop in te gaan, maar mij te beperken tot de ernstiger strafbare feiten, zoals eerwraak.

10. Tegenover wetsdelicten staan *rechtsdelicten*. Rechtsdelicten worden omschreven als strafbare gedragingen, die de weerspiegeling vormen van de meest essentiële sociale normen in een samenleving en deel uitmaken van een vermeend gedeeld referentiekader.⁴² Zij verwijzen naar andere typen normen dan de normen die aan wetsdelicten ten grondslag liggen. Bij wetsdelicten gaat het om *gestelde* normen, dat wil zeggen normen die niet al in de samenleving gelegen zijn, maar door de staat worden uitgevaardigd om (een bepaald terrein van) de samenleving beter te ordenen. Bij rechtsdelicten gaat het om *bevestigde* normen, dat wil zeggen normen die al in de samenleving zijn geaccepteerd en door de staat worden erkend als fundamentele normen die door middel van het strafrecht gehandhaafd moeten worden.⁴³ Rechtsdelicten hebben veelal betrekking op situaties die met (lange) vrijheidsstraffen worden bestraft. De strafbedrei-

³⁵ Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27.400 VI, nr. 83, p. 3. Zie verder hoofdstuk 2, nrs. 47, 53.

³⁶ Ktr. Zevenbergen 3 februari 1982, *NJCM-Bulletin* 1982, p. 418-425, m.nt. R.E. de Winter. Zie voor het vervolg Rb Breda 22 november 1982, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 34-36. De rechtbank ontsloeg de verdachte van alle rechtsvervolgning omdat het ten laste gelegde feit geen strafbaar feit opleverde: de regeling uit de APV had nl. van rechtswege haar gelding verloren (ze was onverbindend) nu de formele wetgever eigen regelgeving op dit terrein had ontwikkeld zodat het bevozenverklaarde niet op basis van de APV als een strafbaar feit kon worden aangemerkt. De culturele context kwam in hoger beroep niet meer ter sprake.

³⁷ Zie Wiersinga 1997, Shadid en Van Koningsveld 1997, p. 95-99. Zie voor een ouder arrest in dit verband HR 4 november 1969, *NJ* 1970, 127.

³⁸ Aldus Strijbosch 1993, p. 30, noot 35.

³⁹ Kelk 2005, p. 13.

⁴⁰ Zie Van Manen 2002, p. 151-224.

⁴¹ Zie Harms 1996, p. 35-36.

⁴² Zie Kelk 2005, p. 13.

⁴³ Zie Hildebrandt 2001, p. 323.

ging is mede bepalend om te spreken van rechtsdelicten of wetsdelicten.⁴⁴ Eerwraak, bloedwraak, meisjesbesnijdenis en geweldpleging onder bedreiging van winti en voodoo zijn mede daarom rechtsdelicten, ook omdat dergelijke delicten inbreuk maken op essentiële normen, zoals het recht op leven en het recht op de integriteit van het lichaam, die door de grondwet en internationale mensenrechtenverdragen gewaarborgd worden. Een dergelijke constitutionele inbedding toont het belang van deze rechten. Het feit dat dergelijke delicten op basis van een ander referentiekader, namelijk dat van de verdachte en de groep waaruit hij afkomstig is, worden gedoogd of zelfs aangemoedigd, roept de vraag op in hoeverre rechtsdelicten nog algemeen gedeelde opvattingen weerspiegelen. Hoewel de autochtone meerderheid wellicht rechtsdelicten op zichzelf strafbaar en strafwaardig acht, hoeft dat voor een deel van de allochtone minderheid niet het geval te zijn. Weliswaar kunnen in het land van herkomst de betreffende gedragingen eveneens strafbaar zijn, maar in sommige gevallen heeft men een ander referentiekader en daarmee een andere invulling van bepaalde normen. Betekent deze constatering dat culturele delicten op dezelfde wijze moeten worden aangepakt als niet-culturele delicten, namelijk met behulp van de bestaande interpretatie van het strafrechtelijke instrumentarium? Of is een andere aanpak, dat wil zeggen een aanpak die meer recht doet aan de culturele achtergrond van de allochtone justitiabele, mogelijk en noodzakelijk?

1.2.4 Een juridisch perspectief

11. Ad c) Een derde punt van beperking van dit onderzoek is gelegen in het te kiezen perspectief. Dit onderzoek is het aan de Erasmus Universiteit Rotterdam uitgevoerde deel van het onderzoeksprogramma 'Multiculturaliteit in misdaad en strafrechtspleging' waarin vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines onderzoek werd en wordt verricht naar de problemen waarmee het strafrecht geconfronteerd wordt als gevolg van de toegenomen culturele diversiteit van de samenleving.⁴⁵ Kenmerkend voor dit onderzoek is dat verschillende perspectieven ingenomen worden om deze problematiek te bestuderen. Er kunnen twee perspectieven worden onderscheiden. In de eerste plaats wordt vanuit criminologisch perspectief nagegaan op welke wijze het strafrecht in aanraking komt met allochtone justitiabelen en op welke wijze oplossingen voor daaruit voortvloeiende problemen worden bedacht. Dit onderzoek is gericht (geweest) op de rechterlijke macht, de advocatuur, de raad voor de kinderscherming en de reclassering. Hierin stond en staat centraal een omschrijving en systematisering van de problematiek, alsmede vanuit criminologisch oogpunt bieden van (veelal) praktische aanbevelingen voor verbeteringen van de betreffende organisaties en instellingen.⁴⁶ Deze studies zijn onmisbaar voor een gedegen inzicht in de problematiek waarmee de strafrechtspleging wordt geconfronteerd.

In de tweede benadering gaat het om de vraag in hoeverre binnen het bestaande strafrechtelijke kader ruimte bestaat om met culturele delicten rekening te houden. Meer concreet gaat het er om in hoeverre verschillende leerstukken van materieel strafrecht ruimte kunnen bieden om rekening te houden met de culturele achtergrond

⁴⁴ Zie Bal 2003, p. 20-21.

⁴⁵ Zie Bovenkerk en Yeşilgöz 1999.

⁴⁶ Zie J. van Rossum en Hogendoorn 1997, Engelman 1998, Siesling 2001, Siesling 2006, Boone 2002, Oude Breuil 2005, Oude Breuil 2007, Oude Breuil en Post 2002. Deze onderzoeken zijn aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen in Utrecht uitgevoerd, penvoerder van het onderzoeksprogramma.

van allochtone justitiabelen. Deze vraag vormt het uitgangspunt van dit proefschrift. Ik zal dit perspectief in hoofdstuk 2 uitwerken. Kern van mijn betoog zal zijn dat er inderdaad een zekere ruimte bestaat om met de culturele bepaaldheid van gedraging en achtergrond van de dader rekening te houden, maar dat die openheid op normatief niveau de nodige vragen oproept. Het onderhavige onderzoek is een specifieke loot van het juridische onderzoek. Het richt zich niet alleen op een grondige positiefrechtelijke analyse van het hedendaagse strafrecht, maar gebruikt die analyse als brug naar een abstracteer grondslagentheoretisch onderzoek, waarin niet alleen ingegaan wordt op de positiefrechtelijke aspecten van de onderhavige problematiek, maar ook op de spanning tussen het strafrecht en de multiculturele samenleving en de mogelijkheden om het bestaande strafrecht in deze nieuwe maatschappelijke constellatie in te passen. Dit onderzoek gebruikt het positieve recht dan ook als vertrekpunt voor verdere analyses. Alvorens daarop in te gaan, wil ik nog twee specificaties behandelen.

1.2.5 *De rechter als uitgangspunt*

12. Ad d) Maatschappelijke ontwikkelingen confronteren de rechter vaak sneller dan de wetgever. Dit is niet anders in de onderhavige problematiek. De eerste rechterlijke uitspraken over culturele delicten als eerwraak zijn van het eind van de jaren zeventig, de eerste signalering van deze delicten door de wetgever dateren van 1999, intensieve parlementaire discussies worden pas de laatste vijf jaar gevoerd maar hebben, zoals uit hoofdstuk 2 zal blijken,⁴⁷ slechts sporadisch geleid tot strafwetgeving. Dit neemt niet weg dat het fenomeen culturele delicten frequent voorkomt (bijvoorbeeld eerwraak)⁴⁸ en daders van dergelijke delicten voor de rechter verschijnen. De rechter zal, met de middelen die hij nu tot zijn beschikking heeft, in dergelijke zaken een zo onpartijdig mogelijk oordeel moeten vellen.⁴⁹ Onpartijdigheid betekent dat de rechter 'onbevangen [dient] te zijn en niet de ene partij voor te trekken boven de andere.'⁵⁰ Meer concreet volgt hieruit a) dat onafhankelijkheid ten opzichte van de andere staatsmachten een voorwaarde is voor onpartijdigheid en meer inhoudelijk b) dat de rechter geen persoonlijke of zakelijke relatie met één van de partijen mag hebben, bestand is tegen maatschappelijke druk, in staat is tot objectivering waarmee wordt bedoeld dat hij zijn politieke overtuiging terzijde stelt en afstand kan nemen van eerder ingenomen standpunten. Met dat laatste wordt vooral bedoeld op de onverenigbaarheid van functies. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat een rechter-commissaris die betrokken is geweest bij het vooronderzoek in geen geval deel mag uitmaken van de meervoudige kamer in dezelfde zaak (artikel 268 lid 2 Sv).⁵¹

In het algemeen kan worden gezegd dat de rechter waakzaam dient te zijn in het bewaren van zijn onpartijdigheid. In geen geval mag hij bijvoorbeeld vooringenomen zijn over de schuld van de verdachte ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting (artikel 271 lid 2 Sv).⁵² Die waakzaamheid betekent dat hij zich niet moet laten leiden

⁴⁷ Hoofdstuk 2, nrs. 46-55.

⁴⁸ Uit een recente pilot in de regio Haaglanden blijkt bijvoorbeeld dat eerwraak tientallen, zelfs honderden keren voorkomt. Veel van deze zaken komen niet voor de rechter, maar bij intensivering van de opsporing is dat wel mogelijk. Dat zal de rechter nog veel meer confronteren met andere culturen en daarmee verband houdende gebruiken. Zie over de pilots J. Janssen 2006.

⁴⁹ Zie Stamhuis 2001.

⁵⁰ Stroink 1999, p. 12.

⁵¹ Zie hierover Veldt 1999, Groenhuijsen 1993.

⁵² Zie Wöretshofer in *T&C Sv*, aant. 4 bij art. 271 Sv. *T&C Sv* staat voor Tekst en Commentaar Strafvordering, een onder redactie van C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer uitgegeven weergave van de tekst van het Wetboek van Strafvordering (*T&C Sv*) en het Wetboek van Strafrecht (*T&C Sr*)

door de algemeen aanvaarde opvattingen over bijvoorbeeld culturele delicten, of die nu positief zijn of negatief. Zoals uit hoofdstuk 2 zal blijken, is de algemene opinie over eerwraak zeer negatief en wordt gepleit voor harde straffen. Hoewel de rechter zich hier niet van kan en mag afsluiten, hij zal naar men mag aannemen ook het nieuws volgen, heeft hij de wetgever op grond van het legaliteitsbeginsel (artikel 1 lid 1 Sr) te volgen wanneer deze een op culturele delicten toegespitste interpretatie geeft van een strafbaar feit. Dat neemt niet weg dat hij ook een eigen verantwoordelijkheid heeft, wat betekent dat de rechter een individuele strafzaak niet op basis van de politieke waan van de dag mag beoordelen.⁵³ Hij zal zich nooit van de publieke opinie kunnen losmaken, dat is ook onwenselijk zoals uit hoofdstuk 4 zal blijken, maar zich daarvoor ook niet zodanig mogen leiden dat elke objectivering onmogelijk is.

1.2.6 *Ten slotte: geen rechtsvergelijking*

13. Ad e) Ik zal mij in dit onderzoek beperken tot het *Nederlandse* materiële strafrecht. Niet alleen omdat dit vanwege de afbakening van dit onderzoek gewenst is, maar ook omdat een korte survey langs een aantal verschillende multiculturele samenlevingen duidelijk maakt dat Nederland in de continentale rechtssystemen een bijna *unieke positie* inneemt als het gaat om het omschrijven en bediscussieren van de rol van cultuur in het strafrecht. Ik kom hier zodadelijk op terug (nrs. 15-24). In de zogenaamde Common Law rechtssystemen van Canada, de Verenigde Staten, Engeland en Wales en Australië lijken de mogelijkheden in het strafrecht ruimte toe te kennen aan de veranderende samenstelling van de samenleving groter.⁵⁴ De grotere aandacht voor culturele achtergronden in deze landen heeft vooral te maken met de erkenning van de culturele diversiteit van de samenleving. Niet alleen als feit, maar ook als uitdaging voor het geldend recht zich aan die culturele diversiteit aan te passen. In landen als de Verenigde Staten, Canada en Australië is veel eerder en fundamenteeler de vraag gesteld naar de consequenties van groeiende culturele diversiteit. Dat kan verklaard worden door het feit dat deze staten al veel langer met immigratie te maken hebben (en zich daarom immigratiesamenlevingen noemen) en ook geconfronteerd worden met inheemse groepen die vanaf de jaren zestig steeds prominenter het politieke toneel betraden en verschillende rechten opeisten. In Canada en Australië heeft dit geleid tot het instellen van speciale 'law commissions' die voorstellen hebben gedaan het recht aan te passen aan de culturele diversiteit van de samenleving.⁵⁵ Dat Australië en Canada immigratiesamenlevingen zijn en zich ook zo noemen,⁵⁶ vormt een belangrijke verklaring voor de vrij grote bereidheid het (straf)recht aan de multiculturaliteit van de samenleving

en aanverwante wetten (en verdragen) voorzien van commentaar. In dit proefschrift zal ik een enkele keer hiernaar verwijzen. Ik heb gebruik gemaakt van de 6e druk (*T&C Sr* en *T&C Sr*) uit 2006, uitgegeven door Kluwer.

⁵³ Zie Corstens 2005, p. 124.

⁵⁴ Zie Renteln 2004, Woodman 2007, Bronniti 2007. Zie voor Engeland ook een oudere publicatie van Poulter (1975). Poulter gaat ervan uit dat niet de rechter ruimte kan bieden om met culturele verschillen rekening te houden, maar het een taak van de wetgever is regels te stellen waarin met culturele verschillen rekening wordt gehouden. In dit verband is het bekendste voorbeeld de straffeloosheid van Sikhs om zonder valhelm een motorfiets te besturen. Zie Poulter 1998, p. 292-301. We kunnen hier spreken van een bijzondere strafuitsluitingsgrond, opgesteld om rekening te houden met culturele verschillen. Woodman stelt in een recente bijdrage dat het Engelse strafrecht de rechter wel ruimte biedt om ook zonder wettelijke regeling rekening te houden met culturele verschillen.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld Australian Law Reform Commission, no. 57, 1991.

⁵⁶ Nederland wordt een 'reluctant country of immigration' genoemd (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2001, p. 35). Zie ook Entzinger 1994, p. 93-97.

aan te passen. Rechtsvergelijking ligt vanwege het voorgaande dan ook niet in de rede. Het onderzoek zou vooral een typering van de opvattingen over de multiculturele samenleving vergen, waardoor het juridische aspect onderbelicht kan raken. Rechtsvergelijking met continentale rechtsstelsels levert ook weinig op. Zo is men in Duitsland en België,⁵⁷ maar ook in Frankrijk, bijzonder terughoudend als het gaat om het onderzoeken van de relatie tussen het strafrecht en de multiculturele samenleving.⁵⁸ Weliswaar worden ook deze strafrechtssystemen geconfronteerd met culturele delicten, hetgeen blijkt uit verschillende strafzaken die ook daar de nodige media-aandacht krijgen,⁵⁹ diepgaand onderzoek naar de oorzaken, problemen en oplossingen is echter nauwelijks aanwezig. Alleen Zweden lijkt vergelijkbaar met Nederland. Onvoldoende kennis van de Zweedse taal maakte onderzoek in Zweden echter onmogelijk.

1.2.7 De eerste vraagstelling

14. Het voorgaande leidt tot de eerste vraagstelling:

Wordt met behulp van leerstukken van het Nederlandse materiële strafrecht getracht ruimte te vinden om rekening te houden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen (zoals culturele delicten) en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte?

Deze vraagstelling wordt in hoofdstuk 2 uitgewerkt. De vraagstelling maakt het mogelijk om verschillende bronnen van het recht te onderzoeken. Allereerst wordt gekeken naar wetgevende activiteiten op het terrein van de zwaarste categorie culturele delicten. Het beleid van het Openbaar Ministerie is niet in het onderzoek betrokken, bij gebrek aan richtlijnen en aanwijzingen hierover. In de opsporing en vervolging is het Openbaar Ministerie gebonden aan de wet en rechtspraak. Op wetgevingsniveau zijn wel algemene uitspraken gedaan over culturele delicten, maar wordt pas recent aangespoord tot het voeren van beleid. Het is afwachten wat het Openbaar Ministerie op dit punt gaat doen. Tezelfdertijd heeft elke officier van justitie bij de rechtbank en Advocaat-generaal bij het gerechtshof ten aanzien van de vervolging een zelfstandige positie en kan hij naar eigen inzichten culturele verschillen een rol laten spelen. Het is daarom veel interessanter de jurisprudentie te analyseren. In hoofdstuk 2 wordt in de tweede plaats de jurisprudentie geanalyseerd. Tenslotte zal ook de wetenschappelijke discussie worden weergegeven. De wetenschappelijke discussie betreft in de eerste plaats een rechtstheoretische analyse waarin de positie van het strafrecht in een multiculturele samenleving wordt belicht. In de tweede plaats houdt de wetenschappelijke discussie een juridisch-dogmatische analyse in. Aan de hand van leerstukken van materieel strafrecht wordt in hoofdstuk 2 nagegaan welke mogelijkheden de invulling van deze leerstukken biedt om met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte rekening te houden.

⁵⁷ Zie voor België Vrielink 2002.

⁵⁸ Binnen het genoemde onderzoeksprogramma zal Bovenkerk een dergelijke studie doen.

⁵⁹ Een recent Duits voorbeeld is een eerwraakzaak in Berlijn die nogal wat stof deed opwaaien. Zie *Die Zeit* 13 april 2006. In Frankrijk zijn ongeveer vijftien jaar geleden verschillende processen gevoerd in verband met meisjesbesnijdenis. Deze processen zijn in de pers breed uitgemeten. Zie Foblets 1992, p. 113-114.

1.3 Excursie: Drie oorzaken waarom de Nederlandse strafrechtspleging ruimte biedt voor culturele verschillen

1.3.1 *Inleiding*

15. In deze korte uitwijding wil ik ingaan op de vraag waarom juist in Nederland zoveel aandacht bestaat voor het onderhavige onderwerp. Ik acht deze uitwijding noodzakelijk om een tweetal redenen. In de eerste plaats biedt zij een beknopt inzicht in de historische ontwikkeling van het strafrecht ten aanzien van de opvattingen over gedragingen die gepleegd worden door minderheidsgroepen. Aan een dergelijk inzicht heeft het tot nu toe ontbroken.⁶⁰ In de tweede plaats wil ik met deze uitwijding aangeven, dat de mogelijkheden om met culturele verschillen rekening te houden mede ingebed zijn in een bepaalde opvatting die aan het hedendaagse strafrecht ten grondslag ligt. Ik zal laten zien dat die opvatting vragen oproept. Daardoor is deze excursie tevens een aanzet voor de tweede vraagstelling.

1.3.2 *Openheid over allochtone misdaad*

16. Mijns inziens zijn er drie oorzaken waarom in Nederland ruimte bestaat om rekening te houden met de culturele achtergrond van daad en dader. In de eerste plaats heeft dit te maken met de houding jegens allochtone misdaad, ten tweede met de positie van gewetensbezwaarden en ten derde met de zogenaamde ‘unieke flexibiliteit’ van het strafrecht. De aandacht voor allochtone misdaad komt voort uit een lange traditie van criminologisch onderzoek dat gericht is op de verklaring van crimineel gedrag bij bepaalde culturele of religieuze groepen. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op *Criminaliteit en kerkgenootschap* van Kempe uit 1938. Vanaf de jaren tachtig van de twintigste eeuw ontstaat de wens onderzoek te doen naar criminaliteit onder allochtonen. Allochtone misdaad, zoals de term wordt,⁶¹ wordt vanaf die tijd op basis van verschillende theoretische verklaringsmodellen onderzocht. In dit verband moet worden opgemerkt, dat allochtone misdaad een verzamelterm is voor alle vormen van criminaliteit die door allochtonen wordt gepleegd. Ook culturele delicten vallen onder deze term. Met de onderkenning dat allochtonen veelvuldig in de criminaliteitsstatistieken voorkomen – een constatering die vanaf het begin van de jaren tachtig van de twintigste eeuw wordt gedaan – is de roep om een verklaring steeds luider geworden.⁶² In eerste instantie (tot ongeveer het begin van de jaren negentig) waren onderzoek en beleid vooral gebaseerd op de veronderstelling dat het hoge aantal allochtonen in criminaliteitsstatistieken kon worden verklaard door discriminatie of selectiviteit.⁶³ Allochtonen hebben meer kans aangehouden te worden, om geen transactie aangeboden te krijgen en dus vervolgd te worden en hebben een grotere kans op een gevangenisstraf, in plaats van een taakstraf of geldboete. De oplossing voor deze selectiviteit lag bij een andere aanpak door de opsporingsinstanties. Antidiscriminatie programma’s werden als gevolg hiervan geïnitieerd om selectie en discriminatie van opsporingsinstanties tegen te gaan.

⁶⁰ Zie voor een Engelstalige uiteenzetting Siesling en Ten Voorde 2007.

⁶¹ Zie Bovenkerk 2002.

⁶² Het is interessant te melden dat het Nederlandse onderzoek naar allochtone misdaad in België een ‘Nederlandse eigenaardigheid’ wordt genoemd (Brion 2004). In België werd in 1999 geconstateerd dat er teveel haken en ogen kleefden aan dergelijk onderzoek onder Belgische allochtonen (Feys 1999). Recentelijk is het onderzoek naar allochtone misdaad in België wel ter hand genomen. Zie bijv. Walgrave 2006.

⁶³ Zie Junger-Tas en Van der Zee-Neeffkens 1977, Yeşilgöz 1995.

17. Vanaf de jaren negentig zien we echter een kentering in het onderzoek. Nadat Junger en Zeilstra in 1989 een eerste aanzet gaven tot wat genoemd kan worden de 'ontmanteling' van het 'discriminatieparadigma',⁶⁴ werd erkend dat de verklaring voor allochtone criminaliteit niet uitsluitend gelegen is in selectie en discriminatie in de opsporing. Dit maakte een nieuw verklaringsmodel mogelijk. In eerste instantie werd de sociaal-economische achterstand van allochtonen een belangrijke verklaring voor crimineel gedrag. 'In criminogene beschouwingen over immigranten wordt algemeen aangenomen, dat hoge delinquentie van (jeugdige leden van) minderheden de uitdrukking vormt van de lage sociaal-economische positie die de betreffende groepen in de samenleving innemen en het sociale marginaliseringsproces waaraan een deel van de jongere generatie onderhevig is.'⁶⁵ Dit werd echter niet als sluitend gezien. Het verklaarde namelijk niet de onderlinge verschillen in omvang van het criminele gedrag onder allochtone groepen en het patroon van delicten dat door allochtonen wordt gepleegd. Hierin bestaat ook geen ruimte om verklaringen te geven voor culturele delicten als eerwraak en meisjesbesnijdenis. In het wetenschappelijke onderzoek naar criminaliteit en het beleid daaromtrent was cultuur geen verklarende factor voor criminaliteit, laat staan een middel in de strijd tegen allochtone misdaad.⁶⁶

Onder invloed van verschillende criminologische (en cultureel-antropologisch geïnspireerde) studies veranderde dit beleid echter vanaf het midden van de jaren negentig.⁶⁷ Nadat in 1994 door de commissie-Van Montfrans, ingesteld om advies te geven over de bestrijding van jeugdcriminaliteit, al op cultuur als verklarende factor werd gewezen,⁶⁸ werd cultuur als verklaring voor crimineel gedrag officieel overgenomen in de nota *Criminaliteit in relatie tot etnische minderheden* uit 1997, kortweg de nota CRIEM.⁶⁹ Kern van de nota CRIEM is de erkenning dat allochtone misdaad wordt verklaard door de 'culturele afstand' tussen allochtonen en de ontvangende, dat wil zeggen Nederlandse samenleving. Doordat allochtonen een andere cultuur hebben en deze cultuur bepaalde activiteiten toelaat, in het leven roept of gedooft, die in Nederland strafbaar zijn, plegen allochtonen relatief meer delicten dan autochtonen. Daarnaast plegen ze ook specifieke delicten, die vanuit hun cultuur kunnen worden verklaard. In deze nota wordt nog niet ingegaan op culturele delicten. In eerste instantie richt zij zich vooral op veel voorkomende criminaliteit, die relatief gezien meer door allochtonen dan autochtonen wordt gepleegd. De aandacht voor culturele delicten groeit echter met de jaren. Het is opvallend dat op het moment dat in de aanpak van allochtone criminaliteit de nadruk gericht is op cultuur als verklarende factor van allochtone criminaliteit, ook culturele delicten meer in de schijnwerpers komen te staan. De nota CRIEM heeft hiertoe een aanzet gegeven.

⁶⁴ Zie Junger en Zeilstra 1989. Overigens betekent dit niet dat discriminatie en selectie niet meer ter discussie staan. Zie Wöstmann 1990, Harchaoui en Huinder 2003.

⁶⁵ Bovenkerk en Yesilgöz 1999, p. 232.

⁶⁶ Zie *Kamerstukken II 1990/91*, 21.829, nr. 2, p. 16, *Kamerstukken II 1990/91*, 21.829, 21.833, nr. 4, p. 12.

⁶⁷ Zie Van San 1998, Van Gemert 1998. Vooral vanuit het Willem Pompe Instituut is dit type onderzoek geïnitieerd. Het besef dat allochtone criminaliteit door cultuur mede kan worden verklaard, wat een antropologische dimensie aan criminaliteitsonderzoek met zich brengt, is een belangrijke verdienste van het onderzoek dat vanuit voornoemd onderzoek onder leiding van de cultureel-antropoloog Bovenkerk is verricht. Deze studies vormen als het ware het voorbereidende werk van het hierboven genoemde onderzoeksprogramma waarvan dit onderzoek deel uit maakt.

⁶⁸ Ministerie van Justitie, Directie Jeugdbescherming en Reclassering 1994, p. 19, 59-61.

⁶⁹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25.726, nr. 1.

18. Dat pas in de nota CRIEM een aanzet is gegeven om ook culturele delicten in het strafrechtelijke beleid te betrekken, neemt niet weg dat in de marge van de algemene strafrechtelijke discussies interessante bijdragen zijn geleverd over de implicaties van culturele delicten voor het strafrecht. Vanaf het eind van de jaren zeventig, wanneer meer en meer politiefunctionarissen in de grote steden te maken krijgen met gedragingen wier bestaan hen tot dan toe vaak onbekend was, zien we een groeiende aandacht voor bepaalde culturele delicten.⁷⁰ Het betreft (strafbare) feiten als eerwraak en schaking.

Het onderzoek naar culturele delicten is, gelet op de auteurs van diverse bijdragen, in eerste instantie vooral het verslag van een nieuwsgierige politiefunctionaris die is geconfronteerd met dergelijke strafbare feiten. Met zijn verslag lijkt hij vooral zijn collega's te willen informeren, maar wordt geen debat in de wetenschap uitgelokt. Dit debat komt pas op gang wanneer vanaf het midden van de jaren tachtig een aantal juristen zich gaat bemoeien met de strafrechtelijke consequenties van het vóórkomen van dergelijke delicten. In de wetenschap dringt het besef door dat hier niet gesproken kan worden van een aantal incidenten, maar van zaken die rechters, advocaten en officieren nogal wat hoofdbrekens bezorgen. Wormhoudt houdt zich in deze fase bezig met een verheldering van de achtergronden van bepaalde delicten om officieren van justitie en rechters meer houvast te bieden wanneer zij met culturele delicten te maken krijgen⁷¹ en op welke wijze daarin met behulp van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium rekening kan worden gehouden.⁷² Daardoor wordt het debat onmiddellijk in een bepaalde richting gestuurd. Wormhoudt houdt de lezer voor dat in het strafrecht ruimte bestaat om in voor de verdachte positieve zin rekening te houden met de culturele achtergrond van het feit. Deze gedachte is zo dominant geworden, dat de Nederlandse discussie nog steeds op zijn bevindingen voortbouwt. Zoals uit hoofdstuk 2 zal blijken, hebben Wormhoudts opvattingen nogal wat discussies losgemaakt.⁷³

Sinds de nota CRIEM heeft het debat zich verdiept, doordat de vraag niet meer is of in positieve zin rekening moet worden gehouden met de culturele achtergrond van feit en dader. In de nota wordt aangegeven, dat de culturele achtergrond van de verdachte in het strafrecht moet worden meegewogen, als dit een effectievere strafrechtspleging met zich brengt.⁷⁴ Daarmee is niet gezegd, dat cultuur dan in het voordeel van de verdachte moet worden meegewogen. De vraag is of het plegen van culturele delicten moet leiden tot zwaardere sancties. Zij wordt sinds kort vertaald in diverse beleidsinitiatieven waarin expliciet aandacht wordt besteed aan culturele delicten. Als gevolg van nader te noemen ontwikkelingen in de opvattingen over de (gebrekkige) integratie van allochtonen lijken de uitgangspunten van de nota CRIEM te worden gebruikt om ook beleid te ontwikkelen *ten nadele van* culturele delicten, zoals sinds kort de problematiek van gedwongen huwelijken.⁷⁵ In de recente discussie zien we een vermenging van het debat over culturele delicten en de beleidsinitiatieven uit de nota CRIEM. Ik zal deze stelling in hoofdstuk 2 uitwerken.

⁷⁰ Van Dijken en Nauta 1978, Nellestijn 1981.

⁷¹ Wormhoudt 1986a.

⁷² Wormhoudt 1986b, id. 1991.

⁷³ Zie hoofdstuk 2, nr. 98.

⁷⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25.726, nr. 1, p. 21.

⁷⁵ Zie Adviescommissie Vreemdelingenzaken 2005.

1.3.3 De positie van gewetensbezwaarden

19. De tweede oorzaak waarom de Nederlandse strafrechtspleging ruimte biedt voor culturele verschillen kan worden gevonden in de sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog in Nederland bestaande gevoeligheid voor gewetensbezwaarden.⁷⁶ Gewetensbezwaarden zijn strafrechtelijke justitiabelen die opzettelijk de strafwet overtreden door een doen, maar meestal een nalaten, omdat de norm die aan de wet ten grondslag ligt volgens hen niet in overeenstemming is met hun geweten. Het geweten wordt daarbij omschreven als een bewustzijn van goed en kwaad, waarvan de bron Christelijk kan zijn, maar in een multiculturele samenleving ook een andere oorsprong kan hebben.⁷⁷ Dit geweten geeft de justitiabele een 'existentiële overtuiging' om op een bepaalde wijze te handelen en daarmee de strafwet te overtreden.⁷⁸ Het gevolg van deze overtuiging is dat de justitiabele zich bij naleving van een bepaalde wettelijke bepaling geroepen voelt de eigen norm hoger te achten en de strafwet dus te overtreden. Men spreekt in dit verband van overtuigingsdaders. Overtuigingsdaders kunnen handelen op basis van een politieke overtuiging, de delicten die zij dan plegen worden politieke delicten genoemd. Maar zij kunnen ook handelen op basis van een cultureel gevoede of religieuze overtuiging.⁷⁹ Het is dit type overtuigingsdaders waar ik in dit onderzoek de aandacht op vestig.

20. De discussie over gewetensbezwaren is vooral na de Tweede Wereldoorlog tot wasdom gekomen. Daarvóór gold dat een beroep op gewetensbezwaren nooit kan leiden tot strafuitsluiting als stelregel, bijvoorbeeld vanwege de afwezigheid van schuld bij de dader.⁸⁰ Na de oorlog, onder invloed van ervaringen met gewetensvolle, maar strafbare gedragingen tegen de bezetter, versoepelde de Hoge Raad zijn voor de oorlog ingenomen standpunt. In 1950 wordt aanvaard, dat een beroep op gewetensbezwaren moet worden gezien als een beroep op een strafuitsluitingsgrond (tegenwoordig als een beroep overmacht in de zin van noodtoestand (artikel 40 Sr) opgevat) dat op grond van (het huidige) artikel 358 lid 3 jo. artikel 359 lid 2 Sv door de strafrechter niet ongemotiveerd terzijde mag worden gesteld.⁸¹ In eerste instantie betekende dit dat de strafrechter zelfstandig onderzoek diende in te stellen op welke strafuitsluitingsgrond door de verdachte een beroep werd gedaan, maar deze eis is verdwenen. De verdachte moet aangeven op welke (on)geschreven strafuitsluitingsgrond hij een beroep doet.

Voorgaande is in de loop der tijd met een aantal andere vereisten aangevuld. Zo hanteert de Hoge Raad het uitgangspunt, dat een beroep op gewetensbezwaren geen strafuitsluitingsgrond oplevert indien er geen wettelijke regeling is die een dergelijk beroep mogelijk maakt.⁸² Het initiatief om aan te geven of gewetensbezwaarden een succesvol beroep kunnen doen op hun geweten ligt dan ook bij de wetgever. In de tweede plaats wordt aangegeven, dat een beroep op gewetensbezwaren niet betekent dat de rechter zich inlaat met de inhoud van het bezwaar. Dit wordt de leer van de *interpretatieve terughoudendheid* genoemd.⁸³ Dit leerstuk heeft als consequentie, dat de verdachte

⁷⁶ Zie uitgebreid Holland 1989.

⁷⁷ Rummelink 1960, p. 11.

⁷⁸ Zie Rummelink 1970, p. 192.

⁷⁹ Zie Aerts 1983, p. 297.

⁸⁰ HR 26 juni 1916, NJ 1916, p. 703.

⁸¹ HR 20 juni 1950, NJ 1951, 349, HR 20 juni 1950, NJ 1951, 350, m.nt. WP.

⁸² HR 17 april 1962, NJ 1963, 15, HR 4 december 1977, NJ 1978, 101, HR 4 december 1979, NJ 1980, 157, 26 maart 1991, NJ 1992, 196, m. nt. ThWvV.

⁸³ HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201.

wel een beroep kan doen op zijn geweten, mits door zijn religie (en cultuur) bepaald, maar dat de rechter niet het recht heeft zich inhoudelijk in de discussies over die religie te mengen. Dit betekent met andere woorden, dat indien de rechter bijvoorbeeld bekend is met andere interpretaties van een religieus dogma waarop de verdachte zich beroept, hij zijn eigen kennis achterwege moet laten. Daarmee worden niet alleen rechterlijke onafhankelijkheid, maar ook de scheiding tussen kerk en staat en de vrijheid van godsdienst gegarandeerd.⁸⁴

21. De erkenning van een beroep op een gewetensbezwaar door middel van een toetsing op basis van de leer van de interpretatieve terughoudendheid, is als gevolg van de toenemende culturele diversiteit van de samenleving ook toegepast op casus met allochtone justitiabelen. In dit verband moet worden toegegeven, dat een beroep op gewetensbezwaren bijna uitsluitend wordt aangevoerd in casus waar een wetsdelict ten laste is gelegd. Vaak gaat het om situaties waarin de verdachte zijn geweten niet kan verenigen met bepaalde orderingsdelicten, zoals de verplichting tot verzekering, inenting van vee of met het verplicht afnemen van bloed in het kader van de Wegenverkeerswet (niet voldoen aan een dergelijke verplichting is een strafbaar feit (artikel 163 lid 6 jo. artikel 175 lid 2 WvW 1994)), zoals uit een drietal zaken uit 1987 en 1988 bleek.⁸⁵ Tot slot kan op zaken worden gewezen waarin de leerplichtwet wordt overtreden wegens weigering deel te nemen aan het in het schoolprogramma verplicht gestelde schoolzwemmen.

Een bekend geval, dat inzicht geeft in de wijze waarop met gewetensbezwaren en de interpretatieve terughoudendheid wordt omgegaan, is het zogenaamde *Gemengd Zwemmen* arrest uit 1992.⁸⁶ In deze zaak hield een man zijn dochter thuis van school, omdat hij het niet wenselijk achtte dat zij aan schoolzwemmen deelnam. Ter zitting beriep hij zich op zijn godsdienst, de islam, dat meisjes verbiedt vanaf een bepaalde leeftijd gemengd (dat wil zeggen: ook met jongens) te zwemmen. De rechtbank was niet overtuigd van de waarde van het beroep van de verdachte, nu de Koran gemengd zwemmen niet zou verbieden. Daarmee overtrad de rechtbank de leer van de interpretatieve terughoudendheid. Immers, de rechter trad hier wel in een inhoudelijke discussie over een godsdienstige opvatting, terwijl bovengenoemde leer dat verbiedt. In cassatie maakte de Advocaat-generaal zich druk over dit aspect van het vonnis, maar oordeelde dat de verdachte zijn dochter niet van school had mogen houden. De Hoge Raad concentreert zich op dat laatste en laat het vonnis van de rechtbank voor wat het is. Op de vraag of de verdachte zijn dochter van school mocht houden omdat gemengd zwemmen in strijd is met zijn godsdienst antwoordde de Hoge Raad, dat de wet zelf een regeling kent voor gevallen dat een ouder ontevreden is met de gang van zaken op school. De vader had in overleg met de school moeten treden of in het uiterste geval een andere school moeten zoeken. Nu hij van zijn wettelijke mogelijkheden geen gebruik had gemaakt, kon hij zich ook niet beroepen op het in zijn ogen hogere belang, namelijk het naleven van zijn godsdienst. Een succesvol beroep op zijn godsdienst als hogere norm, dat wil zeggen een beroep op noodtoestand, was volgens de Hoge Raad in de onderhavige situatie niet mogelijk.

⁸⁴ Zie Galenkamp 2005, p. 253.

⁸⁵ Zie HR 3 maart 1987, NJ 1988, 7, HR 9 juni 1987, NJ 1988, 318, HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 679.

⁸⁶ HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m. nt. 't H.

1.3.4 De 'unieke flexibiliteit' van het strafrecht

22. De derde oorzaak voor de opvallende openheid in het Nederlandse strafrecht ten aanzien van culturele delicten, is gelegen in de veronderstelling dat het strafrecht niet een 'star stelsel' maar 'uniek flexibel' is ten aanzien van culturele delicten, meer in het algemeen ten aanzien van de veranderende omstandigheden in de samenleving.⁸⁷ De oorsprong van deze gedachte is gelegen in het gebrek aan vertrouwen in het strafrecht in de jaren zestig. Als gevolg van dit dalende vertrouwen werd het strafrecht meer open voor veranderende omstandigheden.⁸⁸ Wanneer we dit tot het materiële strafrecht beperken, betekent flexibiliteit vooral erkenning van ruimte ten aanzien van de invulling van leerstukken van materieel strafrecht. Deze openheid wordt niet zozeer verklaard door de culturele diversiteit van de samenleving, maar door de meer algemene wens het strafrecht nader tot de samenleving te brengen. Die wens komt in de strafrechtsdogmatiek vooral tot uitdrukking in de opvatting dat het strafrecht niet alleen *daadstrafrecht* maar ook *schuldstrafrecht* is.⁸⁹ Deze gedachte is al in de negentiende eeuw ontstaan en uitgewerkt, maar vooral na de Tweede Wereldoorlog tot wasdom gekomen. De aandacht voor de dader viert hoogtij als gevolg van de invloed van diverse strafrechtelijke stromingen, waarbij vooral kan worden gedacht aan de Utrechtse School die door middel van de 'ontmoeting met de dader' de belangen van de verdachte/dader (en daarmee ook de positie van zijn raadsman) voorop wilde stellen.⁹⁰ Deze stromingen hebben vooral in de jaren na de Tweede Wereldoorlog belangrijke sporen achtergelaten en hun invloed tot nu toe laten gelden. De opvattingen die uit deze stromingen voortvloeien, hebben zich in de rechtspraak vertaald in uitspraken die de bereidheid met nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen rekening te houden toont en waaruit aandacht voor de persoon van de verdachte blijkt.⁹¹ Zeker nu het merendeel van het strafrechtelijke en criminologische onderzoek op het terrein van allochtone misdaad en culturele delicten in Utrecht plaatsvindt en daarin nog duidelijke sporen van 'ontmoetingen met de dader' terug te vinden zijn, wordt de flexibiliteit die in het strafrecht zou moeten bestaan geacht flexibiliteit te zijn ten behoeve van een zo goed mogelijke strafrechtsbedeling voor de verdachte. Dit zien we bijvoorbeeld in het onderzoek naar de reclassering waarin het pleidooi voor meer aandacht voor de culturele diversiteit van het klantenbestand uiteindelijk ten behoeve van de allochtone cliënt zou moeten zijn.⁹² Aandacht voor de persoon van de dader zien we ook in onderzoek naar tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen waarin gepleit wordt voor een ten behoeve van de allochtone gedetineerde zo cultureel gevoelig mogelijke executiemodaliteit.⁹³ Tenslotte zien we aandacht voor de persoon van de verdachte ook in het

⁸⁷ 't Hart 2001, p. 214. 't Hart maakt niet duidelijk ten opzichte van wie of wat het strafrecht uniek flexibel is. Zijn stellingname komt voort uit het besef dat in Nederland het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie in combinatie met het bepaalde van artikel 167 lid 2 Sv (opportuniteitsbeginsel) beleid mogelijk maakt waarin prioriteiten voor de opsporing neergelegd kunnen worden. Die prioritering maakt het mogelijk om sneller dan de wetgever in te springen op maatschappelijke ontwikkelingen.

⁸⁸ Zie over deze problematiek 't Hart 1994, p. 17-57.

⁸⁹ Zie bijv. De Hullu 2006, p. 195.

⁹⁰ Zie Nagel 1963, Moedikdo 1976. Ik wil hiermee niet stellen dat 't Hart deel uitmaakt van de Utrechtse school, noch mij daartoe te rekenen. Wel wil ik hiermee de verschillende onderzoeken die aan het Willem Pompe Instituut zijn en worden verricht in het kader van het eerder genoemde onderzoeksprogramma in de traditie van de Utrechtse School staan en het debat over multiculturaliteit in misdaad en strafrechtspleging mede in een bepaalde richting heeft gestuurd.

⁹¹ Zie hierover R Emmelink 1999.

⁹² Zie Boone 2002, p. 127.

⁹³ Zie Post 2005.

onderzoek van Siesling die ervoor pleit dat de verdachte zoveel mogelijk zijn verhaal kan doen en dat verhaal ook door de rechter gehoord wordt en meegewogen wordt in de uiteindelijke beantwoording van de vraag welke straf of maatregel een pleger van een cultureel delict opgelegd moet worden.⁹⁴

23. 't Hart heeft aangegeven dat de keuze voor flexibiliteit en de mate waarin flexibiliteit in het strafrecht mogelijk is, niet in het strafrecht zelf gemaakt kan worden. Die keuze vloeit voort uit de vraag wat strafrecht legitimeert. Volgens 't Hart vinden we de legitimiteit van het strafrecht (en daarmee ook een flexibel strafrecht) in de democratische rechtsstaat.⁹⁵ Een democratische rechtsstaat is een staat die de burger voorop stelt. Uitgangspunt is dat iedereen aan de publieke zaak moet kunnen deelnemen. Het recht schept de voorwaarden waaronder deelname mogelijk is. Die voorwaarden maken enerzijds mogelijk dat de burger in vrijheid zijn eigen leven richting kan geven, maar stellen anderzijds ook grenzen aan die mate van vrijheid die feitelijk is toegestaan. Uiteindelijk moet dit leiden tot een samenleving waarin burgers participeren in de publieke ruimte, mede ten behoeve van de publieke zaak. Het strafrecht heeft in een dergelijke samenleving tot taak de vrijheden van burgers te beschermen tegen inbreuken door anderen, maar die anderen in het kader van opsporing, vervolging, berechting en bestraffing als burger met bepaalde rechten te zien, die niet zomaar mogen worden ingeperkt. Het strafrecht wordt op basis van de democratische rechtsstaat gelegitimeerd, nu de bescherming van de vrijheden van iedere burger een cruciale overheidstaak is en bestraffing van het overtreden van die vrijheden noodzakelijk kan zijn.⁹⁶ Het strafrecht wordt echter ook door de democratische rechtsstaat in zijn optreden begrensd doordat bestraffing (en wat daaraan vooraf gaat) alleen dan is toegestaan als daarvoor een duidelijke bevoegdheid bestaat, die democratisch is gelegitimeerd, maar die ook binnen de grenzen van relevante rechtsbeginselen valt. Opsporing, vervolging, berechting en bestraffing vinden plaats binnen de grenzen van de wet en deze beginselen.

24. Het concept van de democratische rechtsstaat vormt voor 't Hart de legitimatie van het strafrecht, meer in bijzonder voor een flexibel strafrecht waarin ruimte kan bestaan voor culturele verschillen. In hoofdstuk 2 zullen we deze stelling nader bezien en daarin proberen aan te geven welke flexibiliteit in het strafrecht lijkt te bestaan voor culturele verschillen. Daaruit zal blijken dat die flexibiliteit inderdaad bestaat, maar dat zij verschillende betekenissen heeft. Flexibiliteit betekent namelijk niet alleen dat in een voor de verdachte positieve zin rekening kan worden gehouden met zijn culturele achtergrond, maar ook in een voor hem negatieve zin. Opvallend is dat ook die laatste opvatting gestoeld is op het concept van de democratische rechtsstaat. De grenzen van de democratische rechtsstaat moeten dan worden 'bewaakt'. Dit kan met zich brengen dat flexibel kan worden omgegaan met de concretisering van fundamentele beginselen van het strafrecht in de 'strijd' tegen delicten als eerwraak en meisjesbesnijdenis. Hierdoor krijgt de flexibiliteit in het strafrecht een dubbele betekenis. Enerzijds maakt zij het bijvoorbeeld mogelijk ruimte te vinden voor detentie die toegespitst is op bescherming van de belangen van allochtone justitiabelen en bestanddelen van delictsom-schrijvingen cultureel specifiek uit te leggen. Anderzijds kan de flexibiliteit van het strafrecht bijvoorbeeld ook gebruikt worden tegen allochtone justitiabelen, bijvoor-

⁹⁴ Siesling 2006, p. 277.

⁹⁵ 't Hart 1997, p. 296-297.

⁹⁶ Zie 't Hart 1995, p. 18.

beeld om snellere veroordelingen voor het plegen van culturele delicten mogelijk te maken.

1.4 Naar de tweede vraagstelling

1.4.1 Inleiding

25. De eerste vraagstelling is gericht op een omschrijving van de huidige stand van zaken in het materiële strafrecht. De stand van zaken zoals ik deze in hoofdstuk 2 zal weergeven heeft tot doel inzicht te verschaffen in de wijze waarop leerstukken van materieel strafrecht gebruikt kunnen worden om rekening te houden met de culturele diversiteit van de samenleving, zoals deze tot uitdrukking komt in door justitiabelen gepleegde culturele delicten. Aan de hand van deze discussie wordt ook een aanzet tot een volgende stap gegeven. Boven op de eerste vraagstelling volgt een andere vraagstelling. In het vervolg van dit proefschrift ligt de aandacht niet alleen op de rechtswetenschappelijke discussies, maar vooral op de rechtsfilosofische posities die het mogelijk maken om met culturele verschillen in het strafrecht rekening te houden.

1.4.2 Ontwikkelingen in het integratiedebat

26. Alvorens op deze tweede vraagstelling in te gaan is het gewenst de veranderende omstandigheden waaronder dit onderzoek heeft plaatsgevonden te benoemen. Bezien we het integratiebeleid tot ongeveer 2002, dan blijkt dat tot dan toe nog een (gematigd) positieve toon over integratie wordt aangeslagen. In 1998 worden de ‘dynamiserende’ en ‘cultureel verrijkende’ bijdragen die allochtonen aan de samenleving leveren in de nota *Kansen pakken, kansen krijgen* centraal gesteld. Ook wordt gesproken van de ‘hoop’ dat Nederland zich tot een multiculturele samenleving ontwikkelt waarin andere culturen op voet van gelijkheid van de autochtone cultuur wordt behandeld. Kern van het voorgestane beleid was dat de overheid allochtonen het handelen op basis van hun eigen cultuur niet mag ontzeggen.⁹⁷ Nog in 2002 stelt de regering in de nota *Integratie in het perspectief van immigratie* dat Nederland een immigratiesamenleving is geworden,⁹⁸ waarmee wordt bedoeld dat immigratie een fenomeen is dat niet kan worden tegengegaan en Nederland net als andere westerse samenlevingen zich moet instellen op een aanhoudende stroom immigranten. Tevens houdt de regering vast aan het uitgangspunt, dat iedereen op basis van zijn eigen cultuur mag functioneren, en dat kritiek hierop alleen binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat acceptabel is. In laatstgenoemde nota wordt gewaarschuwd voor eenzijdige benaderingen van andere culturen en religies.⁹⁹

27. De toon in de nota’s uit 1998 en 2002 weerspiegelt een opvatting die vrij algemeen werd omarmd. De culturele diversiteit van de samenleving werd gezien als een uitdaging, die moet worden omarmd en waarin naar wegen moet worden gezocht om culturele diversiteit zoveel mogelijk ruimte te bieden. De multiculturele samenleving was zowel een empirisch gegeven als een na te streven ideaal.¹⁰⁰ Een multiculturele samenleving moest een samenleving zijn waarin alle culturen op voet van gelijkheid met elkaar samenleven en waarin de staat de opdracht had die gelijkheid te bevorderen.

⁹⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26.333, nr. 2, p. 3, 7.

⁹⁸ Zie ook Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2001, p. 35-53.

⁹⁹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28.198, nr. 2, p. 3-4, 38-39.

¹⁰⁰ Zie Roosens 1998, p. 32.

ren, bijvoorbeeld door in het recht ruimte voor culturele verschillen toe te laten. Kri-tiek bestond slechts in de marge, bijvoorbeeld in opvattingen van de toenmalige VVD-leider Bolkestein,¹⁰¹ die al in 1991 waarschuwde voor de in zijn ogen problematische opvattingen van sommige allochtonen over democratie, rechtsstaat en rechtsbeginselen, zoals de gelijkheid tussen man en vrouw, de vrijheid van meningsuiting en dergelijke. Dergelijke kritische geluiden waren in de jaren negentig echter schaars. Zij maakten een nieuwe start met het bekende essay van Paul Scheffer, waarin hij dreigend sprak van een (naderend) ‘multicultureel drama’. Scheffers analyse van het ontstaan van een ‘zwarte onderklasse’, die door gebrek aan goede scholing, huisvesting en werkgelegenheid een instabiele factor in de Nederlandse samenleving aan het vormen zou zijn, was nog vooral gericht op sociaal-economische thema’s. Dit thema was in het integratiebeleid dominant.¹⁰² Nieuw was dat Scheffer wees op het gebrek aan ‘culturele samenhang’ tussen de bevolkingsgroepen, de problemen van de islam met betrekking tot de scheiding tussen kerk en staat, en het gebrek bij de ontvangende samenleving grenzen te stellen aan culturele diversiteit.¹⁰³

Scheffers analyse draagt bij aan een belangrijke verschuiving in het integratiedebat. In plaats van sociaal-economische kwesties gaan culturele kwesties, waaronder de problematiek van eerwraak en meisjesbesnijdenis, de boventoon voeren. Dit werd sterker met de opkomst van Fortuyn, die de problemen van de multiculturele samenleving onder andere verwoordde in het begrip ‘islamisering van de samenleving’ en daarmee een sterke nadruk legt op de religieuze en culturele conflicten tussen de islam en de Nederlandse samenleving.¹⁰⁴ Fortuyn, en met hem auteurs als Cliteur en Philipse en politici als Hirsi Ali en Wilders, waren in staat de inhoud en toon van het debat te veranderen.¹⁰⁵ Niet alleen lag de nadruk op het *probleem* van culturele en religieuze verschillen, ook de inhoud veranderde. Waar eerder vooral van de ontvangende samenleving werd verwacht dat zij zich aanpaste aan multiculturaliteit, wordt die aanpassing of assimilatie vanaf dat moment juist van allochtonen verwacht.¹⁰⁶ De multiculturele samenleving is in deze zin nog wel een feitelijk gegeven, maar niet een te bereiken ideaal, zoals hiervoor bedoeld. Gepleit wordt eerder vooral voor een monoculturele samenleving, of althans een samenleving waarin de eigen westerse cultuur ‘beter’ is dan andere culturen en andere culturen zich moeten schikken in een aan de westerse cultuur on-dergeschikte positie.¹⁰⁷

Het debat was tussen 2002 en eind 2004 in woorden hard van toon, na twee november 2004 kwam daar een nieuwe dimensie bij. De moord op filmmaker Theo van Gogh door een Nederlander van Marokkaanse afkomst, die volgens de rechtbank Am-

¹⁰¹ Bolkestein 1991. In dit verband kan ook gewezen worden op de essays van Burgman (1998). De arabist Brugman was vooral kritisch op personen die het gevaar van de fundamentalistische islam onderschatten en meenden een multicultureel paradijs te kunnen opbouwen. Zo heeft hij ongezouten kritiek op de in zijn ogen idealistische en relativistische opvattingen van oud-burgemeester en -minister Van Thijn (2001), een groot voorstander van de gedachte dat de multiculturele samenleving een hoopvol ideaal is.

¹⁰² Zie Snel 2003, p. 12–15.

¹⁰³ Scheffer 2004.

¹⁰⁴ Hij sluit hier aan bij het bekende werk van Samuel Huntingdon die meende dat het tijdperk van de botsing van ideologieën (de Koude Oorlog) vervangen is door een ‘botsing van beschavingen’, waarbij hij als de belangrijkste botsing die tussen de westerse cultuur en de islam beschouwde. Zie Huntingdon 1997.

¹⁰⁵ Zie voor een overzicht van essays Rutgers en Molier 2004.

¹⁰⁶ Zie over assimilatie hoofdstuk 3, nrs. 163–165.

¹⁰⁷ Zie Cliteur 2002, p. 60–64. In hoeverre dat ook door de publieke opinie in meerderheid wordt omarmd is volgens het Sociaal Cultureel Planbureau (2005, p. 203) in 2005 echter maar de vraag.

sterdam een 'zeer extreme, maar ook uitzonderlijke interpretatie van de Koran aanhangt',¹⁰⁸ bracht het land nog verder in beroering. In eerste instantie leek de vlam in de pan te slaan toen brand werd gesticht bij en in moskeeën, kerken en enkele islamitische scholen. In 2005 en 2006 lijkt de rust enigszins wedergekeerd, al wordt de samenleving nog altijd geconfronteerd met bewaakte politici, dreiging en een verhard klimaat waarin een deel van de allochtone en de autochtone bevolking tegenover elkaar staan.¹⁰⁹

1.4.3 *Van multiculturaliteit en multiculturalisme*

28. Een belangrijk gevolg van de hiervoor omschreven veranderende opvattingen is dat het concept multiculturele samenleving een andere invulling krijgt. In eerste instantie werd het concept multiculturele samenleving gebruikt als uitdrukking van een empirisch gegeven, maar ook als een te bereiken ideaal, als een zijn en behoren dus. Deze gedachte is in Nederland lange tijd dominant geweest. Wanneer de ontwikkeling van de laatste jaren in het kort moeten worden geduid, zien we een verandering in de betekenis van concepten. Het begrip multiculturele samenleving wordt niet vanzelfsprekend opgevat als een zijn en behoren, maar een zijn waaruit een bepaald behoren (namelijk een samenleving waarin verschillende culturen op voet van gelijkheid samenleven) niet meer zo vanzelfsprekend volgt. Op zichzelf is de koppeling van zijn en behoren in een concept als de multiculturele samenleving niet onbegrijpelijk. Tennekes stelde bijvoorbeeld dat de omschrijving van de multiculturele samenleving als empirisch gegeven belangrijke gevolgen heeft voor de normatieve vraag welke ruimte en grenzen voor culturele verschillen kunnen bestaan.¹¹⁰ Een bepaalde interpretatie van begrippen, zoals de betekenis van *multiculturaliteit*, cultuur, etniciteit, de relatie tussen culturen en het concept 'groep', zal voor de interpretatie van *multiculturalisme*, dat wil zeggen de filosofische vraag naar de gewenste ordening in een multiculturele samenleving, van betekenis zijn. Dit neemt niet weg, dat beide begrippen los van elkaar moeten worden geanalyseerd.

De eerste analyse, betreffende de omschrijving van het concept multiculturele samenleving of multiculturaliteit, richt zich op de empirische omschrijving van een samenleving die als gevolg van aanhoudende migratieprocessen cultureel heterogeen is geworden.¹¹¹ Deze eerste analyse betekent voor het strafrecht een omschrijving van de in wetgeving, jurisprudentie en rechtswetenschap geboden mogelijkheden hoe met culturele verschillen rekening te houden. Dit bevat geen oordeel. Het behoren volgt pas in een tweede analyse. Deze analyse is gericht op de vraag in hoeverre in een democratische rechtsstaat ruimte behoort te zijn voor culturele diversiteit. Die vraag volgt weliswaar op de empirische kwalificatie van de samenleving, multiculturalisme veronderstelt natuurlijk multiculturaliteit, maar uit het enkele feit dat een samenleving multicultureel is, dus als gevolg van aanhoudende migratieprocessen cultureel heterogeen is geworden, volgt nog niet dat culturen dan bijvoorbeeld op voet van gelijkheid zouden

¹⁰⁸ Rb Amsterdam 26 juli 2005, *LJN* AU0025.

¹⁰⁹ Het vertrek van Hirsi Ali heeft volgens sommige commentatoren en politici geleid tot het verdwijnen van integratie van de politieke agenda. Feit is dat de meeste politieke partijen in hun verkiezingsprogramma voor de Tweede Kamerverkiezingen van 22 november 2006 nauwelijks aandacht schonken aan het integratievraagstuk. Zie *NRC Handelsblad* 9 september 2006.

¹¹⁰ Tennekes 1986. Zie ook Rath (1991) die er meer kritisch op wijst dat het omschrijven en operationaliseren van bepaalde concepten, zoals etnische minderheden, vooral stigmatiserend blijkt te werken.

¹¹¹ Zie B. van Leeuwen 2001, p. 16, Westin 1998, p. 57.

moeten samenleven.¹¹² Of multiculturalisme moet worden omarmd, hoe dat multiculturalisme omschreven moet worden en vooral welke invloed culturele verschillen mogen hebben op het strafrecht, is een vraag die weliswaar volgt op de confrontatie tussen strafrecht en culturele delicten, maar heeft een eigen dynamiek met een eigen methodiek. De eerste methode sluit nauw aan bij een beschrijvende rechtswetenschappelijke methode van onderzoek, terwijl de tweede methode breder is.

1.4.4 *Consequenties van de relatie tussen multiculturaliteit en multiculturalisme*

29. Het voorgaande betekent mijns inziens wel dat de juridische dogmatiek in dit onderzoek een eigenstandige plaats toekomt. Normatief onderzoek over het recht kan niet zonder de dogmatiek van het recht. Zonder deze verbondenheid functioneert het recht 'nog slechts (...) als toevallige illustrerende plaatjes bij een filosofisch discours dat net zo goed los van het recht gevoerd zou kunnen worden.'¹¹³ Het doel van hoofdstuk 2 is om aan de hand van normatieve vragen die uit de dogmatiek naar voren komen, dat wil zeggen vragen die betrekking hebben op de grondslagen van de thema's die in hoofdstuk 2 worden behandeld, het filosofische gedeelte van dit proefschrift in te vullen. Onderzoek dat niet vanuit de juridische praktijk vertrekt kan onvoldoende antwoord bieden op de eerste vraagstelling, nu daarin het gevaar denkbaar is dat het recht daarin de 'toevallige illustrerende plaatjes' wordt. Dat blijkt uit veel multiculturalistische literatuur, waarin het strafrecht er betrekkelijk bekaaid vanaf komt.¹¹⁴ Zo er al wordt ingegaan op het strafrecht, dan wordt niet ingegaan op culturele delicten.¹¹⁵ En juist hier kunnen we fundamentele problemen tegenkomen, die niet kunnen worden veronachtzaamd.

30. De noodzaak het onderzoek te verbreden van rechtswetenschappelijk onderzoek naar filosofisch onderzoek is in de onderhavige thematiek niet vanzelfsprekend. Knap heeft in dit verband aangegeven dat culturele delicten op casuïstisch niveau 'wild interessant' zijn, maar op dogmatisch niveau niet. Het strafrecht beoordeelt immers feit en verdachte vanuit dezelfde leerstukken en kent geen onderscheid tussen verschillende verdachten.¹¹⁶ Hier zien we een duidelijk monolithisch uitgangspunt: het strafrecht mag dan wel te maken krijgen met culturele delicten, maar daarmee is niet gezegd dat het strafrecht daarom moet veranderen. Volgens Knap geldt onder alle omstandigheden het gelijkheidsbeginsel, opgevat als: alle gevallen worden gelijk behandeld. Strijbosch voegt daaraan toe dat filosofische beschouwingen in het strafproces niet vanzelfsprekend zijn. 'Het strafproces zelf leent zich niet voor een uitgebreide filosofische bezinning.'¹¹⁷ Dit geldt wellicht voor het strafproces als zodanig, omdat, allereerst, veelal de tijd ontbreekt om diepgaande beschouwingen te geven. Niet alleen moet de strafrechter binnen maximaal twee weken uitspraak doen (artikel 345 lid 3 Sv), hij mag ook niet weigeren een uitspraak te doen (artikel 13 Wet AB). Dit stelt grenzen aan zijn (filosofische) mogelijkheden. Die grenzen worden nog eens versterkt door de structuur van het Nederlandse strafproces. Doordat de rechter gehouden is de tenlastelegging te volgen (de zogeheten 'tirannie van de tenlastelegging') en het Openbaar Ministerie de

¹¹² Zie Parekh 2000, p. 7, Barry 2001, p. 71-72, Tibi 1998, p. 31-32, Raes 1996, p. 38.

¹¹³ Foqué en 't Hart 1990, p. 35.

¹¹⁴ Aldus ook Renteln 2004, p. 16-17.

¹¹⁵ Zie bijv. Shachar 2001a, p. 160-165.

¹¹⁶ Knap 2002, p. 41.

¹¹⁷ Strijbosch 2001, p. 890.

belangrijkste rol speelt in het introduceren of verwerken van cultuur in de rechtszaak (het OM is dominus litis en bepaalt de inhoud van het rechtsgeding), hangt het van individuele interesses of processtrategische belangen af in hoeverre culturele achtergronden (al dan niet ingebracht door de verdediging) worden meegewogen. Dit wordt nog eens versterkt door de steeds actievare rol die van de verdediging wordt verwacht,¹¹⁸ met als gevolg dat het eventueel meewegen van culturele achtergronden pas plaatsvindt indien de verdediging daar uitdrukkelijk naar verwijst.¹¹⁹ Wanneer de verdachte geconfronteerd wordt met een weinig actieve raadsman of met een raadsman die slechte ervaringen heeft met strafzaken waar culturele factoren aan de orde waren, is de kans groot dat de culturele achtergrond van de verdachte onbesproken blijft. In strafzaken spelen aan de oppervlakte dus andere belangen dan theorievorming.

31. Desondanks ben ik van mening, dat ook voor de strafrechtspleging culturele delicten meer zijn dan alleen ‘wild interessante’ casuïstiek, maar om een diepgaande filosofische analyse vragen.¹²⁰ In de eerste plaats geldt dat filosoferen meer is dan oude wijn in nieuwe zakken gieten. Daaraan kan worden toegevoegd, dat net zo min als de juridische dogmatiek geen ‘illustreerend plaatjes’ zijn, filosofische bespiegelingen geen franje aan voor het overige rechtswetenschappelijk onderzoek zijn. Oude wijn kan in nieuwe zakken niet alleen ‘heel wat verrassender zijn dan een prille oogst uit oude hulsels’, maar theoretiseren kan – om de metafoor te blijven volgen – net als een glas wijn beter smaken dan het vorige glas uit dezelfde fles. ‘Theoretiseren [filosoferen, JMtV] is versteende begrippen weer levend maken, adequaat aan nieuwe verschijnselen.’¹²¹ Nieuwe verschijnselen, zoals culturele delicten, leiden op verschillende terreinen tot dermate fundamentele vragen, bijvoorbeeld over de betekenis van cultuur in een door vrije wil gedomineerd strafrecht,¹²² dat het noodzakelijk is stil te staan bij de betekenis van en de verhouding tussen begrippen als vrije wil en op basis van cultuur te handelen.

In de tweede plaats zal uit de analyse van de dogmatiek in hoofdstuk 2 blijken, dat filosofisch onderzoek noodzakelijk is. Daarvoor verwijs ik naar de analyse in paragraaf 2.6.

1.4.5 De tweede onderzoeksvraag

32. Het voorgaande leidt tot de tweede vraagstelling:

Moeten, en zo ja op welke wijze en in hoeverre, in het licht van de democratisch rechtsstatelijke grondslag van het strafrecht, leerstukken van materieel strafrecht open worden gesteld voor culturele diversiteit in de samenleving?

Deze tweede onderzoeksvraag is het vervolg op de eerste. Als vastgesteld is dat in het strafrecht ruimte bestaat om met culturele verschillen rekening te houden, is de volgende vraag of de wijze waarop en de mate waarin daarmee rekening wordt gehouden en het feit dat in het strafrecht voor culturele verschillen ruimte bestaat, aanvaardbaar is binnen het kader van de democratische rechtsstaat. Zoals aangegeven kunnen deze filosofische vragen niet worden beantwoord zonder te zijn ingegaan op de praktijk van

¹¹⁸ Zie Siesling 2006.

¹¹⁹ Zie hoofdstuk 4, nr. 194, hoofdstuk 5, nr. 281.

¹²⁰ Zie ook Van Eckert en Van Herck 1993.

¹²¹ Beide citaten uit: Kelk 1987, p. 257. Zie ook Foqué en 't Hart 1996, p. 31: strafrecht zonder theorie is volgens hen ‘vogelvrij’.

¹²² Zie Claes en Vrielink 2006, p. 293.

het strafrecht. Tegelijkertijd wordt invulling gegeven aan de veronderstelling, dat enkel rechtswetenschappelijk onderzoek onvoldoende is. De vragen die resteren naar aanleiding van het rechtswetenschappelijke gedeelte van dit onderzoek vragen om een onderzoek naar de grondslagen van verschillende strafrechtelijke leerstukken en hun verhouding tot de culturele diversiteit van de samenleving. Ik meen dat voor een dergelijke analyse, waarin enerzijds acht geslagen wordt op de huidige strafrechtelijke dogmatiek, en anderzijds op de grondslagen van het strafrecht, een grondslagentheoretisch onderzoek de beste onderzoeksmethodiek is. Zij verwijst volgens Foqué en 't Hart enerzijds 'naar de onverbreekelijke samenhang van de ethisch-normatieve, de maatschappijtheoretische en kennistheoretische dimensies in het recht en anderzijds naar de reconstructieve analyse van de wijze waarop de samenleving niet in de louter evenementiële ontwikkeling maar in de wording van het denkkader van de hedendaagse rechtsorde verwerkelijkt is.'¹²³ Een grondslagentheoretisch onderzoek maakt het aldus mogelijk te zoeken naar een perspectief waarin de grondslagen van het recht kunnen worden onderzocht. Dat zal in dit onderzoek noodzakelijk blijken, nu op grond van de resultaten van de eerste onderzoeksvraag op verschillende terreinen vragen resteren, die niet door rechtswetenschappelijk onderzoek kunnen worden beantwoord.

33. Zoals in hoofdstuk 2 duidelijk zal worden, wordt het grondslagentheoretische onderzoek afgebakend aan de hand van drie nadere vraagstellingen.

- a. *Kan het strafrecht, dat is gefundeerd op de democratische rechtsstaat, cultuurgevoelig worden en zo ja op grond waarvan en binnen welke grenzen is die culturele gevoeligheid mogelijk?*
- b. *Indien kan worden uitgegaan van de gedachte dat de democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen in het recht, 1) hoe verhouden zich dan geschreven rechtsnormen en ongeschreven normen van migrantenrecht tot elkaar in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid van de normschending; 2) kunnen normen van migrantenrecht bijdragen tot een concretisering van de wederrechtelijkheid en 3) indien dit het geval is, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?*
- c. *Kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?*

34. Ad a. De eerste deelvraag is de meest algemene en heeft betrekking op de vraag of een democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen, zo ja op grond waarvan die ruimte kan worden geboden en welke mate van cultuurgevoeligheid mogelijk is. Cultuurgevoeligheid wijst op de aanpassingsmogelijkheden van een democratische rechtsstaat en het daarop gefundeerde strafrecht aan de culturele diversiteit van de samenleving. Cultuurgevoeligheid kan in verschillende gradaties bestaan. In de eerste plaats kan cultuurgevoeligheid leiden tot de wens naast het strafrecht een apart strafrecht op te zetten voor allochtone groepen. In de tweede plaats kan cultuurgevoeligheid leiden tot een beperkte aanpassing van het strafrecht door binnen de bestaande systematiek veranderingen ten behoeve van de culturele diversiteit van de samenleving

¹²³ Foqué en 't Hart 1990, p. 34.

toe te laten. In de derde plaats kan cultuurgevoeligheid tot erkenning van de problematiek leiden, zonder aanpassing van het positieve recht in technische zin.

Ad b. De tweede deelvraag heeft betrekking op een belangrijk element van strafbaarheid, namelijk de wederrechtelijkheid. Algemeen wordt aanvaard dat zonder wederrechtelijkheid van het feit de verdachte nooit veroordeeld kan worden. Dit roept de vraag op wat die wederrechtelijkheid betekent en in hoeverre de concrete invulling van wederrechtelijkheid met behulp van normen waarop allochtonen handelen, door Strijbosch omschreven als migrantenrecht, verfijnd kan worden.¹²⁴ Migrantenrecht kan worden gedefinieerd als het geheel van veelal ongeschreven normen die allochtonen hebben meegenomen uit het land of de streek van herkomst en waarnaar zij ook in Nederland handelen, kan worden bijgesteld. Hier is sprake van concretisering van wederrechtelijkheid, hetgeen betekent dat de betekenis van wederrechtelijkheid mede wordt beoordeeld vanuit de bijzonderheden van de betreffende strafzaak. Is daarvoor ruimte en zo ja, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?

Ad c. In het beslissingsmodel van artikel 350 Sv komt de vraag naar het verwijt en de individuele schuld voor het plegen van een strafbaar feit altijd na de vraag in hoeverre het feit wederrechtelijk is. De verwijtbaarheid vormt dus een extra mogelijkheid om met cultuur rekening te houden als blijkt dat de gedraging wel wederrechtelijk is en concretisering met behulp van migrantenrecht niet mogelijk of niet gewenst was. Centraal probleem is hier dat voor het vaststellen van aanwezigheid van schuld aangenomen moet kunnen worden dat iemand uit vrije wil heeft gehandeld, terwijl niet vanzelfsprekend is dat iemand die op basis van zijn cultuur handelt uit vrije wil handelt. Zijn vrijheid kan worden beperkt door het gegeven dat hij zijn culturele normen moest volgen. Deze stelling roept twee vragen op. 1) Leidt het handelen op basis van bepaalde culturele normen altijd tot wilsonvrijheid en 2) als het handelen inderdaad door cultuur wordt beïnvloed hoe moeten we die beïnvloeding dan laten meewegen bij het schuldoordeel?

35. Samengevat worden in deze studie twee hoofdvragen behandeld:

1. *Wordt met behulp van leerstukken van het Nederlandse materiële strafrecht getracht ruimte te vinden om rekening te houden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen (zoals culturele delicten) en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte?*
2. *Moeten, en zo ja op welke wijze en in hoeverre, in het licht van de democratisch rechtsstatelijke grondslag van het strafrecht, leerstukken van materieel strafrecht open worden gesteld voor culturele diversiteit in de samenleving?*

De eerste vraag wordt via rechtswetenschappelijk onderzoek beantwoord door inzicht te verschaffen in wetgeving, rechtspraak en rechtswetenschap. De tweede vraag wordt beantwoord aan de hand van een grondslagentheoretische analyse van het strafrecht dat met culturele delicten wordt geconfronteerd. De tweede vraagstelling wordt aan de hand van drie deelvragen nader toegespitst.

- a. *Kan het strafrecht, dat is gefundeerd op de democratische rechtsstaat, cultuurgevoelig worden en zo ja op grond waarvan en binnen welke grenzen is die culturele gevoeligheid mogelijk?*

¹²⁴ Strijbosch 1993, p. 8.

- b. *Indien kan worden uitgegaan van de gedachte dat de democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen in het recht, 1) hoe verhouden zich dan geschreven rechtsnormen en ongeschreven normen van migrantenrecht tot elkaar in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid van de normschending; 2) kunnen normen van migrantenrecht bijdragen tot een concretisering van de wederrechtelijkheid en 3) indien dit het geval is, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?*
- c. *Kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?*

1.5 Opbouw van de studie

36. Dit proefschrift is, naast deze inleiding en de conclusie, opgebouwd uit vijf hoofdstukken, onderverdeeld in drie delen. In deel I wordt de eerste vraagstelling behandeld. In deel II wordt ingegaan op de tweede vraagstelling en aan de hand van drie thema's die in deel I naar voren zijn gekomen, inzicht gegeven in het grondslagentheoretische kader waarbinnen naar mijn mening de ruimte en grenzen van culturele diversiteit ten aanzien van relevante materieelstrafrechtelijke leerstukken kan worden gevonden. In deel III wordt teruggekeerd naar de strafrechtsdogmatiek. Daarin wordt nagegaan welke consequenties het theoretische kader heeft voor leerstukken van materieel strafrecht in relatie tot culturele delicten. Hoofdstuk 7 vormt de conclusie. Achter elk hoofdstuk (uitgezonderd hoofdstuk 6 en 7) heb ik een bijlage opgenomen waarin de structuur van het voorgaande hoofdstuk schematisch is uitgelegd.

37. Deel I wordt gevormd door hoofdstuk 2 waarin de eerste vraagstelling wordt behandeld. Daartoe worden de volgende rechtsbronnen onderzocht: wetgeving, jurisprudentie en doctrine.

Het onderzoek naar wetgeving richt zich op ontwikkelingen omtrent de aanpak van meisjesbesnijdenis en eerwraak. Ik heb aangegeven dat dankzij de nota CRIEM mogelijkheden zijn gecreëerd om ook deze culturele delicten op de politieke agenda te zetten. De aandacht voor meisjesbesnijdenis en eerwraak bestaat vooral uit het bestrijden van beide culturele delicten en het zoeken naar mogelijkheden om met behulp van het strafrecht tot een zo effectief mogelijke aanpak te komen. Ik zal niet alleen stilstaan bij de mogelijkheden die op dit terrein bestaan en in ontwikkeling zijn, maar ook ingaan op de verschillende voorstellen van diverse leden van de Tweede Kamer. Daarin zal duidelijk worden dat de wens het strafrecht nog flexibeler te laten worden dan het al is, bij de aanpak van eerwraak en meisjesbesnijdenis tot een aantal interessante ontwikkelingen leidt op het terrein van de strafbare deelneming.

Het onderzoek naar de jurisprudentie zal aan de hand van het beslissingsmodel van artikel 350 Sv worden uitgevoerd. Daarbij wordt stilgestaan bij de variëteit aan mogelijkheden om met culturele verschillen rekening te houden. De nadruk ligt vooral op de strafuitsluitingsgronden en de strafmaatmotivering. Hier zullen we zien, dat de mogelijkheden om met culturele verschillen rekening te houden divers zijn. Zij draaien om de vraag in hoeverre het plegen van een cultureel delict en op de mate waarin normen van migrantenrecht van invloed zou mogen zijn op de betekenis van wederrechtelijkheid en het verwijt. Zowel bij de vaststelling van wederrechtelijkheid als verwijt is de vraag in hoeverre zou mogen worden geconcretiseerd naar de achter-

grond van feit en dader. Moeten wederrechtelijkheid en verwijt worden gesubjectieerd en dus vanuit het perspectief van de dader worden beoordeeld?

Tenslotte zal aan de hand van de doctrine niet alleen meer inzicht worden gegeven in de ruimte en grenzen voor culturele diversiteit bij leerstukken van materieel strafrecht, maar ook aan de hand van de Nederlandse doctrine worden aangegeven welke theoretische posities in dit verband ingenomen kunnen worden. Inzicht in deze posities is van belang, omdat daarin aangegeven wordt wat de verhouding is tussen strafrecht en de multiculturele samenleving en welke mogelijkheden het strafrecht biedt *cultuurgevoelig* te zijn.

Het beeld dat in hoofdstuk 2 wordt geschetst dient als gezegd niet alleen als overzicht van de stand van zaken, maar ook als aanzet tot de uiteindelijke normatieve discussie. In de analyse van het materiaal aan het eind van hoofdstuk 2 zal een aantal nadere onderzoeksvragen worden opgesteld die de tweede onderzoeksvraag (nr. 32) afbakenen.

38. Deel II bestaat uit de hoofdstukken 3, 4 en 5. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de vraag of het strafrecht, gefundeerd op de democratische rechtsstaat, gevoelig kan zijn voor de veranderende samenstelling van de Nederlandse samenleving. Welke mogelijkheden kunnen worden onderkend om ruimte te vinden voor culturele verschillen? Het antwoord hierop kan vooral worden afgeleid uit de omschrijving van activiteiten op het terrein van de wetgeving en uit de theoretische beschouwingen van verschillende auteurs over de mogelijkheden van een cultuurgevoelig strafrecht. Een uitgesproken vorm waarmee het strafrecht aan de culturele diversiteit van de samenleving kan worden aangepast is die van het zogenaamde *cultureel verweer*. Dit uit de Amerikaanse doctrine afkomstige leerstuk geeft meer dan welke Nederlandse positie ook, welke fundamentele wijziging het strafrecht zou kunnen doormaken indien op een bepaalde wijze recht wordt gedaan aan de multiculturaliteit van de samenleving. Het leerstuk zal in hoofdstuk 3 aan de hand van twee casus worden geïntroduceerd en daarna uitgewerkt. Cultureel verweer wordt niet zozeer behandeld als alternatief voor de in hoofdstuk 2 aangedragen ideeën van diverse auteurs, maar als een manier om op een meer omvattende wijze te voorzien wat voor het strafrecht de gevolgen kunnen zijn als met culturele verschillen rekening wordt gehouden. Behandeling van het verweer brengt een drietal algemene vragen naar voren die betrekking hebben op de verhouding tussen de democratische rechtsstaat en de multiculturele samenleving in het algemeen en de relatie tussen recht en cultuur in het bijzonder. Met de behandeling van deze vragen wordt een algemeen kader geschetst waarbinnen nagegaan kan worden hoe met culturele verschillen in het strafrecht rekening kan worden gehouden.

39. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de tweede deelvraag van de tweede onderzoeksvraag (nr. 33). In hoofdstuk 2 is aangegeven, dat bij de vaststelling van wederrechtelijkheid de normen van migrantenrecht een rol kunnen spelen. Vooral bij een beroep op rechtvaardigingsgronden is in jurisprudentie en doctrine geïllustreerd, dat ruimte bestaat om de inhoud van wederrechtelijkheid aan te passen aan de omstandigheid dat sprake is van een cultureel delict. We zien hier dat de inhoud van de door de strafwet beschermde norm in een individueel geval kan worden verfijnd onder invloed van de culturele norm van migrantenrecht. De vraag is echter of dit ook mogelijk zou moeten zijn. En indien kan worden aangegeven op grond waarvan zulks mogelijk is, dan is de vraag in welke mate normen van migrantenrecht kunnen bijdragen aan een

differentiëring van de wederrechtelijkheid. Dit vraagt a) om een nadere analyse van de betekenis van rechtsnormen en b) om de vraag of rechtsnormen kunnen worden aangepast onder invloed van normen van migrantenrecht. In hoofdstuk 4 wordt aan de hand van het perspectief op rechtsnormen van Glastra van Loon aangegeven dat normen hun betekenis pas krijgen in het handelen van mensen. Normen zijn daarbij pas legitiem als zij in een democratische procedure tot stand gekomen zijn. Die democratische procedure is niet alleen van belang in het wetgevingsproces, maar de positie van de burger in die procedure dient in het strafrecht dezelfde te zijn. In het strafrecht moet de burger aanspreekbaar zijn alvorens hij verantwoordelijk kan worden gehouden. Die aanspreekbaarheid veronderstelt dat de betekenis van normen pas vaststaat als de burger de inhoud van die normen mede kan vaststellen en de discussie over de betekenis van die normen kan openen. Aanspreekbaarheid betekent ook dat de burger wordt benaderd vanuit zijn persoonlijke achtergrond, waarin ook culturele normen een rol spelen. Uit het concept aanspreekbaarheid volgt enerzijds een vermoeden van vrijheid, dat wil zeggen de mogelijkheid om eigen keuzes te maken en om op basis van die keuzes te functioneren, maar ook een vermoeden van inspraak. Dat vermoeden van inspraak betekent dat hij een bijdrage kan leveren aan de betekenis van normen, dat de betekenis van normen mede afhankelijk is van het handelen van het individu. Normen hebben dus geen vaststaande betekenis maar veranderen al naar gelang het inzicht van burgers over normen verandert. Wederrechtelijkheid kan dan, zij het binnen de grenzen die in hoofdstuk 4 worden getrokken, ook anders ingevuld worden onder invloed van culturele normen. Dat vloeit niet alleen uit de strekking van normen voort, maar ook uit de vrijheid van elk individu waardoor deze aanspreekbaar is en invloed kan uitoefenen op de strekking en betekenis van strafrechtelijke begrippen en de reikwijdte van de norm.

40. In hoofdstuk 5 staat de derde deelvraag van de tweede onderzoeksvraag centraal. Stel dat in een bepaalde casus blijkt dat de norm van migrantenrecht waarop de verdachte het culturele delict pleegde onacceptabel is, dat wil zeggen niet gebruikt kan worden om wederrechtelijkheid nader in te vullen, dan is daarmee niet gezegd dat elke mogelijkheid om met culturele delicten rekening te houden verdwenen is. Er blijft een mogelijkheid open staan om een individueel oordeel te geven over het plegen van het culturele delict. Dit individuele oordeel vindt plaats door stil te staan bij het verwijt. Uit de jurisprudentie en doctrine uit hoofdstuk 2 zal blijken, dat bij vaststelling van het verwijt op zichzelf wel rekening kan worden gehouden met de culturele achtergrond van de verdachte, maar dat de vaststelling van dit verwijt wordt geobjectiveerd, dat wil zeggen dat het verwijt op basis van heersende normen wordt vastgesteld. Deze werkwijze is in Nederland dominant.

Een multiculturele samenleving kenmerkt zich echter niet door culturele *homogeniteit*, maar door culturele *diversiteit* en dit roept de vraag op in hoeverre het verwijt nog op basis van een dergelijke normatieve toets kan worden vastgesteld nu die normatieve toets nogal eens voorbij gaat aan culturele verscheidenheid. Als dit het geval is, op welke wijze kan daarin dan ruimte worden gecreëerd om rekening te houden met de individuele verdachte en de individuele relatie tot zijn cultuur? Als met zijn culturele achtergrond rekening kan worden gehouden, is een individueel schuldverwijt dan nog wel mogelijk? Betekent het volgen van culturele normen niet dat iemand zodanig is gedetermineerd door die normen, dat het maken van andere keuzes, dat wil zeggen het niet plegen van een cultureel delict, onmogelijk is? Zo nee, waarom niet? In

hoofdstuk 5 zal ik aangeven dat de mogelijkheid om rekening te houden met cultuur en vast te houden aan het uitgangspunt van individuele vrijheid alleen mogelijk is als men vertrekt vanuit een bepaalde opvatting over de relatie tussen cultuur en individueel handelen. Waar in hoofdstuk 4 de relatie tot norm en handeling is onderzocht, wordt in hoofdstuk 5 de betekenis van het handelen verder uitgelegd. Ook hier wordt Glastra van Loons verhandeling over norm en handeling als uitgangspunt genomen. Uit deze verhandeling wordt afgeleid dat het vaststellen van schuld gepaard gaat met het vaststellen van iemands identiteit. Pas als die identiteit bekend is, kan de relatie tot normen worden vastgesteld en kan worden nagegaan in hoeverre een verdachte ook werkelijk een verwijt kan worden gemaakt. In andere woorden: de verdachte wordt als burger aangesproken, maar hij kan pas aanspreekbaar zijn (verantwoordelijk worden gehouden) wanneer uit zijn identiteit kan worden vastgesteld dat hij ten aanzien van het hem ten laste gelegde feit keuzes heeft kunnen maken. Het traject naar de aanname van het verwijt geschiedt door kennis te nemen van iemands identiteit. Het kennisnemen daarvan wordt gegarandeerd door een politiek van erkenning.

41. Deel III wordt gevormd door hoofdstuk 6 en daarin zal aan de hand van het theoretische kader dat in deel II is geschetst, opnieuw naar de praktijk zoals die in hoofdstuk II is beschreven worden gekeken. Dit betekent dat gezocht wordt naar antwoorden op de vragen die aan het eind van hoofdstuk 2 naar voren kwamen. In de eerste plaats wordt ingegaan op de uitbreidingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals deze in de wetgeving bij de problematiek van eerwraak en meisjesbesnijdenis aan de orde komt. In de tweede plaats worden de grenzen die in hoofdstuk 4 zijn omschreven nader uitgewerkt. Hoe dienen culturele achtergronden bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond worden beoordeeld? In de derde plaats wordt ingegaan op de wijze waarop het verwijt bij culturele delicten kan worden vastgesteld. Daarbij zal vooral worden ingegaan op een nadere omschrijving van de psychische overmacht en de wijze waarop psychische overmacht kan worden geobjectiveerd. Zo wordt aangegeven hoe *redelijkheid* in psychische overmacht kan worden vastgesteld en hoe daarin de culturele achtergrond van de verdachte kan worden meegewogen. Ook hier zal worden aangegeven welke argumenten de rechter mag toepassen bij de strafmaatmotivering om rekening te houden met de culturele achtergrond van de verdachte. In hoofdstuk 6 komen aldus het dogmatische en theoretische gedeelte van dit onderzoek samen. Daarin wordt getracht een kader te schetsen waarbinnen ruimte bestaat om binnen duidelijke grenzen met culturele achtergronden rekening te houden. Ik sluit dit onderzoek af met een slotbeschouwing waarin ik de belangrijkste resultaten nog eens op een rij zet. Het onderzoek is afgesloten op 2 april 2007.

Bijlage bij hoofdstuk 1

DEEL I

Materieel strafrecht en culturele delicten

‘De etnische verscheidenheid die de laatste decennia in Nederland sterk is toegenomen, heeft uiteraard veel verderstrekkende gevolgen dan alleen wat kleurrijke aspecten van het dagelijks leven.’

’t Hart 2001, p. 214.

HOOFDSTUK 2

Culturele delicten en het materiële strafrecht

2.1 Inleiding

42. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijze in het materiële strafrecht rekening wordt gehouden met de culturele bepaaldheid van feit en dader. In dit hoofdstuk komt de eerste in hoofdstuk 1 (nr. 14) weergegeven vraagstelling aan bod.

Deze vraag zal ik op drie terreinen behandelen. Het eerste terrein wordt behandeld in paragraaf 2.2. Daar ga ik in op wetgeving die betrekking heeft op culturele delicten. Het betrekken van wetgeving in een onderzoek dat toegespitst is op de rechter is gewenst nu de rechter krachtens het legaliteitsbeginsel aan wetgeving is gebonden. Opvattingen van de wetgever over de inhoud van de wet in relatie tot culturele delicten geven de rechter dan ook een richting op basis waarvan hij concrete strafzaken moet behandelen. Aangezien dit onderzoek beperkt is tot problemen in het materiële strafrecht, wordt voornamelijk stilgestaan bij voorstellen tot strafbaarstelling van meisjesbetsnijdenis en de discussie over de verruiming van een strafrechtelijke aanpak bij gevallen van eerwraak.

In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de jurisprudentie. Nu materieel strafrecht centraal staat ligt het voor de hand een schema te nemen waarin alle leerstukken van materieel strafrecht gevat kunnen worden. Dat schema bestaat uit vier onderdelen, die de voorwaarden voor strafbaarheid worden genoemd. Er moet allereerst sprake zijn van een menselijke gedraging, die ten tweede in een wettelijke delictomschrijving past, ten derde wederrechtelijk is en ten vierde aan schuld te wijten.¹ Deze vier voorwaarden komen in het rechterlijk oordeel terug, namelijk in de beantwoording van de zogeheten materiële vragen van artikel 350 Sv. De vier voorwaarden voor strafbaarheid liggen besloten in de eerste drie vragen van artikel 350 Sv.² In elk van deze vragen kunnen kwesties aan de orde zijn die betrekking hebben op de culturele achtergrond van feit of verdachte.

Gezien de hoeveelheid jurisprudentie zal de nadruk vooral liggen op de rechtvaardigingsgrond noodweer, de schulduitsluitingsgrond psychische overmacht en de strafmaatmotivering. In de jurisprudentie betreffende culturele delicten wordt de culturele achtergrond van feit en verdachte vaak in de strafmaatmotivering aan de orde gesteld. Behandeling van de strafmaat is niet vanzelfsprekend een materieelstrafrechtelijk onderwerp, maar hangt vaak met de inhoud van materieelstrafrechtelijke leerstukken samen. In de hoogte van de straf zien we de strafbaarheid van feit en dader nog eens extra belicht. In de strafmaatmotivering is de rechter in staat wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid extra aan te zetten of te relativeren. Deze motivering vormt een middel waarmee de rechter in staat is nader vorm en inhoud te geven aan zijn definitieve oordeel over wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid.³

In paragraaf 2.4 en 2.5 richt ik mij op de Nederlandse strafrechtswetenschap, voor zover die betrekking heeft op het onderhavige onderwerp. Met behulp van de dogmatiek ben ik in staat een breder zicht te geven op de ruimte en grenzen van culturele diversiteit in het strafrecht, waardoor ik een vrij omvattend beeld van de problematiek

¹ Zie hoofdstuk 1, nr. 6.

² Zie hiervoor nr. 59 in dit hoofdstuk.

³ Zie Enschedé 1983, p. 85.

kan geven. Waar de wetgeving immers beperkt blijft tot twee onderwerpen en in de jurisprudentie maar enkele leerstukken van materieel strafrecht worden behandeld, worden in de rechtswetenschap niet alleen meer leerstukken behandeld, maar wordt tevens meer systematisch ingegaan op de vraag in hoeverre het gewenst is in het strafrecht rekening te houden met culturele achtergronden. De rechtswetenschappelijke discussie wordt gesplitst in een rechtstheoretische verhandeling waarin de positie van het strafrecht in een multiculturele samenleving wordt behandeld en een dogmatische discussie waarin de vraag wordt gesteld welke leerstukken moeten worden toegepast inzake culturele delicten en in hoeverre die leerstukken ruimte bieden om met cultuur rekening te houden. In paragraaf 2.4 behandel ik de juridisch-dogmatische discussie die in dezelfde volgorde als paragraaf 2.3 wordt behandeld, in paragraaf 2.5 de rechtstheoretische.

Verschillende vragen blijven in dit hoofdstuk echter onbeantwoord. Aan de hand van de resultaten uit de verschillende paragrafen zal ik aangeven welke problemen overblijven en om een theoretische beschouwing vragen. De analyse in dit hoofdstuk is dan ook niet alleen gericht op het verschaffen van inzicht in de wijze waarop in het strafrecht met de culturele achtergrond van de verdachte en het feit wordt omgegaan, maar ook om duidelijkheid te verkrijgen over de thema's die in het grondslagen-theoretische onderzoek moeten worden behandeld. In paragraaf 2.6 wordt aangegeven welke problemen resteren. In die paragraaf wordt de aanzet tot de tweede vraagstelling gegeven. In paragraaf 2.7 sluit ik af met enkele samenvattende opmerkingen.

2.2 Wetgeving inzake culturele delicten in Nederland

2.2.1 *Culturele delicten onder de aandacht*

43. Tot ver in de jaren negentig was er op het terrein van wetgeving en beleid nauwelijks beweging ten aanzien van culturele delicten. In 1992 werd een korte discussie gevoerd over de problematiek van meisjesbesnijdenis naar aanleiding van een rapport van K. Bartels en I. Haaijer.⁴ Daarin werd gepleit voor strafbaarstelling van de zwaarste varianten van meisjesbesnijdenis, maar voor het legaliseren van de lichtste vorm, de zogenaamde incisie.⁵ Doel hiervan was het bereiken van een open dialoog met allochtonen die besnijdenis praktiseren. Aanleiding voor het rapport was een groeiende bezorgdheid bij beleidsmakers ten gevolge van de komst van een groot aantal Somalische asielzoekers (waarvan vermoed wordt dat zij meisjesbesnijdenis praktiseren). Tegelijkertijd ontstond in internationale fora een consensus tegen meisjesbesnijdenis. In Frankrijk leidden besnijdenissen zelfs tot een aantal veroordelingen.⁶ In het Kamerdebat dat volgde op het rapport van Bartels en Haaijer werd duidelijk, dat voor hun idee geen meerderheid bestond. De minister van Justitie maakte duidelijk, dat elke vorm van meisjesbesnijdenis strafbaar is krachtens de artikelen 300-304 Sr.⁷ Letterlijk stelde hij: 'Gebruiken die mensen fysiek en mentaal beschadigen, of in ieder geval een achtergestelde positie van de vrouw verankeren – zoals meisjesbesnijdenis (...) – verdragen zich niet met ons constitutionele beginsel van de gelijke bescherming van eenieder – vrouw of man – tegen vernederende behandeling en andere aantastingen van de eigen

⁴ K. Bartels en Haaijer 1992. Zie voor een kritisch commentaar Desta 1992.

⁵ Voor de verschillende varianten van meisjesbesnijdenis, zie Kool et al. 2005, p. 11-12. De incisie of clitorodectomie wordt omschreven als het weghalen van de voorhuid of de top van de clitoris.

⁶ Zie Foblets 1992, p. 111-114.

⁷ Zie E. Bartels 1994, p. 128.

integriteit. Daar waar de – religieuze – regels van de oorspronkelijke nationaliteit in conflict komen met fundamentele rechtsstatelijke grondwaarden (...) moeten de Nederlandse rechtsregels prevaleren.⁸ Artsen en verplegend personeel kunnen vervolgd worden als ze besnijdenis (helpen) uitvoeren. Ook personen die niet toegelaten zijn een medisch beroep uit te oefenen en toch besnijdenissen uitvoeren, zijn strafbaar krachtens artikel 436 Sr.⁹ Er werd echter vooral gepleit voor een preventieve aanpak, die in verschillende kleine projecten resulteerde. Veel (wetenschappelijke) aandacht kreeg de problematiek in die tijd echter niet.¹⁰

44. Zoals aangegeven in het vorige hoofdstuk ontstaat vanaf het midden van de jaren negentig het besef dat de culturele achtergrond van allochtone justitiabelen een voorname reden vormt voor het plegen van strafbare feiten, waarmee overigens niet specifiek op culturele delicten wordt gedoeld. In de eerder genoemde nota CRIEM wordt ervan uitgegaan dat de culturele afstand tussen allochtonen en de ontvangende samenleving de voornaamste reden vormt voor allochtone misdaad (nrs. 17–18). De nadruk op cultuur als verklaring voor criminaliteit opent de mogelijkheid aanpassingen te verlangen in het strafrechtelijke apparaat om ruimte te creëren de culturele achtergrond van allochtone justitiabelen met de aanpak van allochtone misdaad te incorporeren. Het resultaat is *interculturalisatie*, dat wil zeggen het cultuurgevoeliger maken van het strafrecht. Dit moet resulteren in beleid waarin met behulp van opgedane kennis van de culturele achtergrond van allochtonen oplossingen worden gevonden om allochtone misdaad te bestrijden.¹¹ Tegelijkertijd zien we als gevolg van deze culturele gevoeligheid in het strafrecht ook de mogelijkheid een aanpak van culturele delicten te initiëren en te institutionaliseren. De interesse voor culturele delicten was in het begin vooral beperkt tot een aantal geïnteresseerde ambtenaren van politie en wetenschappers (nr. 18). Beleid ten aanzien van bijvoorbeeld meisjesbesnijdenis of eerwraak was tot eind jaren negentig niet aanwezig. De nota CRIEM en de veronderstelling dat cultuur een verklarende factor voor allochtone misdaad is, maakte het mogelijk culturele delicten op de politieke kaart te zetten. Immers, door cultuur als de centrale verklaringsgrond voor criminaliteit toe te passen worden niet alleen de meer alledaagse vormen van strafbaar gedrag door een ‘culturele bril’ bekeken, maar krijgt men ook voor de minder alledaagse vormen van strafbaar gedrag aandacht, namelijk delicten als eerwraak, bloedwraak en dergelijke.

45. Alvorens in te gaan op de meer specifieke voorstellen ten aanzien van eerwraak en meisjesbesnijdenis wil ik eerst een aantal algemene opmerkingen maken over de opvattingen over eerwraak en meisjesbesnijdenis van de laatste vijf jaar. Deze opvattingen tonen vooral een steeds krachtiger wordend engagement tegen beide delicten. De roep om tegen eerwraak en meisjesbesnijdenis op te treden en het strafrecht daarbij te ge-

⁸ Hirsch Ballin 1993, p. 23.

⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 27.400 VI*, nr. 83, p. 3–4.

¹⁰ Zie Wiersinga 1997, p. 150–151.

¹¹ Zie Korf 2002 die wijst op de veranderingen in de alternatieve afdoening voor jongeren. Halt. Een berucht voorbeeld is het in 1994 opgezetten project *Amal* (Berbers voor hoop) om Marokkaanse criminele jongeren op het rechte pad te krijgen door middel van een op Marokkaanse waarden en normen gerichte aanpak. Het project, dat met steun van de overheid werd gelanceerd, kwam al na enkele maanden in het nieuws als gevolg van een aantal incidenten. Begeleiders zouden de jongeren hebben mishandeld. Enkelen van de jongeren zouden aangifte hebben gedaan. Na onderzoek werd het project afgeblazen. Zie Van Vliet 1995.

bruiken, wordt vanaf eind jaren negentig van de vorige eeuw groter. De eerste keer dat na het verschijnen van de nota CRIEM over culturele delicten werd gesproken, was in 1999. Toenmalig minister-president Kok stelde in de Eerste Kamer dat 'uitheemse tradities', zoals eerwraak 'binnen de Nederlandse rechtsstaat niet geduld' worden.¹² Een uitwerking van de gevolgen van dit standpunt werd niet gegeven.

De uitspraak lijkt me een specificatie te zijn van de opmerking uit de CRIEM nota, dat in een multiculturele samenleving 'het voor iedereen, ongeacht herkomst, duidelijk [moet] zijn welk gedrag strafrechtelijk niet wordt getolereerd.'¹³ Hieruit volgde, dat de ruimte voor culturele diversiteit in het strafrecht beperkt is. 'Het gelijkheidsbeginsel is bij uitstek richtinggevend voor Justitie. De geblinddoekte vrouw Justitia maakt geen onderscheid naar huidskleur en culturele achtergrond.' Dit betekent dat 'oordelen op basis van groepskenmerken worden vermeden' en dat 'de culturele of etnische achtergrond (...) geen excuus [is] voor gedragingen die volgens de Nederlandse wet strafbaar zijn.' En verderop is te lezen: 'Bij de toepassing van het recht mogen uitsluitend individuele kenmerken en omstandigheden in de overwegingen betrokken worden. De strafrechter let op de persoon van de verdachte en niet op zijn etnische achtergrond.'¹⁴ Dit standpunt wordt in diverse nationale, maar ook internationale fora herhaald en ondersteund. Naar aanleiding van de Speciale Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in 2000 stelt de Nederlandse regering zich op het standpunt dat elke vorm van meisjesbesnijdenis, eerwraak en andere vormen van geweld tegen vrouwen 'uitgebannen' moet worden 'door een samenhangende, interdisciplinaire, gecoördineerde beleidsaanpak.'¹⁵ Uitwerking van dit standpunt in concreet strafrechtelijk beleid laat op dat moment nog op zich wachten. Maar veranderingen zitten in de lucht.

Duidelijk is wel dat uitbannen een krachtiger term is dan niet-dulden en meer actie vergt, terwijl niet-dulden nog passief kan worden beleden. Dit neemt niet weg, dat in de meerjarennota's betreffende het integratiebeleid culturele delicten niet aan de orde worden gesteld. Nog in 2002 blijft de toenmalige minister van Grote Steden en Integratiebeleid hierover opvallend stil. Nadien, samenvallend met de opkomst van Pim Fortuyn, zien we dat eerwraak en meisjesbesnijdenis prominente aandacht krijgen in de politieke discussies over integratie van allochtonen. Ingebed in de wens allochtone vrouwen en meisjes te emanciperen, maar ook allochtonen beter te integreren in de Nederlandse samenleving, wordt gezocht naar mogelijkheden eerwraak en meisjesbesnijdenis te bestrijden. Zij worden omschreven als 'ontoelaatbare aantasting van het recht op leven, respectievelijk de lichamelijke integriteit van minderjarigen.'¹⁶ Deze opmerking krijgt extra lading nu vanuit de Verenigde Naties de druk om in ieder geval meisjesbesnijdenis strafbaar te stellen steeds groter wordt.¹⁷ Ook eerwraak krijgt

¹² *Handelingen I 1998/99*, nr. 8, p. 160.

¹³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25.726, nr. 1, p. 20.

¹⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25.726, nr. 1, p. 23. Overigens dient daaraan wel te worden toegevoegd dat op individueel niveau 'differentiatie' mogelijk is, waarmee wordt bedoeld dat ook met 'cultuurgerelateerde kenmerken' rekening mag worden gehouden. Onduidelijk is echter of ook de rechter mag differentiëren nu deze opmerking ten aanzien van medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming en de reclassering wordt gemaakt.

¹⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27.411, nr. 1, p. 40.

¹⁶ *Kamerstukken II 2003/04*, 29.614, nr. 2, p. 19, *Kamerstukken II 2004/05*, 29.203, nr. 15, p. 1.

¹⁷ De Commissie voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties herhaalde op 15 juli 2005 de oproep van de Wereldgezondheidsorganisatie 'to eradicate traditional or customary practices, particular female genital mutilation that are harmful to or discriminate against women...' Tevens werd herhaald dat ten aanzien van meisjesbesnijdenis 'zero tolerance' noodzakelijk is. Zie

steeds meer internationale aandacht en hier zien we een steeds duidelijker wordende roep op een strafrechtelijke reactie.¹⁸ Die roep is vooral gericht op de wetgever. De Nederlandse wetgever heeft hier slechts beperkt gehoor aan gegeven en daardoor de bal voornamelijk bij de rechter gelegd.

2.2.2 De strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis

46. Als gezegd werd al aan het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw een debat gevoerd over de bestrijding van meisjesbesnijdenis. Algemeen wordt aanvaard dat meisjesbesnijdenis nadelig is voor de fysieke en psychische gezondheid van meisjes en daarvoor geen medische noodzaak bestaat. Het brengt aan de betrokken meisjes (ernstige) schade toe, wat in strijd is met het internationale recht (artikel 19 lid 1 van het Verdrag van de Rechten van het Kind verbiedt onder andere het toebrengen van 'alle vormen van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik').¹⁹ Mede als gevolg hiervan wordt door sommigen niet meer gesproken van meisjesbesnijdenis, maar van *vrouwelijke genitale verminking*.²⁰ Wat de term ook zij, in de Nederlandse politiek bestaat al lange tijd een consensus over de ernst van meisjesbesnijdenis. Voormalig D66-Tweede Kamerlid Dittrich stelde bijvoorbeeld dat 'alle vormen van meisjesbesnijdenis gruwelijk zijn' en vertegenwoordigt hiermee een in de politiek breed gedeelde opvatting.²¹ Die consensus lijkt sinds het eerste debat over meisjesbesnijdenis niet te zijn veranderd. De laatste jaren is de aandacht voor meisjesbesnijdenis wel toegenomen en zijn diverse (preventieve) maatregelen genomen.²²

Deze maatregelen liggen vooral in de sfeer van preventie.²³ Zij hebben tot doel a) inzicht te krijgen in de problematiek en b) door middel van voorlichting aan bepaalde allochtone groepen (vooral Somaliërs) te werken aan afschaffing van meisjesbesnijdenis.²⁴ De projecten zijn gericht op het creëren van bewustwording bij de betreffende allochtone groepen dat meisjesbesnijdenis onaanvaardbaar is en in Nederland niet is toegestaan.²⁵ Daartoe werden en worden voorlichtingsbijeenkomsten georganiseerd en subsidies verleend aan instanties die zich expliciet met deze problematiek (hebben) bezig(ge)houden. Ook artsen en verpleegkundig personeel en medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming zijn door middel van voorlichtingsmateriaal op de hoogte gebracht van het bestaan van meisjesbesnijdenis. Artsen en verpleegkundig personeel hebben een meldrecht indien zij met besnijdenis geconfronteerd worden.²⁶ Gevallen

Commission on Human Rights van de Economic and Social Council van de Verenigde Naties (E/CN.4/Sub.2/2005/NGO/27).

¹⁸ Zie Siesling 2005, p. 195-196.

¹⁹ Zie over de nadelen van meisjesbesnijdenis o.a. Veerman, Hendriks en J. Smith 1995, Fokkema, C. Huisman en Smidman 1999, Masclee en Meuwese 2000, Van der Kwaak et.al. 2003, p. 16.

²⁰ De term is een vertaling van *female genital mutilation*, zoals deze door de Wereldgezondheidsorganisatie wordt gehanteerd. Zie Kool et.al. 2005, p. 11.

²¹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 1. Zie ook de Kamerleden Rouvoet, Bos en Van der Vlies in *Handelingen II 2003/04*, nr. 92, p. 5945, 5952, 5968, alsook Sterk in *Kamerstukken II 2005/06*, 30.300 XVI, nr. 21, p. 1. Kool et.al. (2005, p. 11) noemen besnijdenis een 'probleem', dat mondiaal wordt erkend, niet alleen in de westerse wereld, maar ook in de 'moederlanden'.

²² Bij de algemene beschouwingen in 2005 werd door de minister-president aangegeven dat de regering actie onderneemt om meisjesbesnijdenis te bestrijden. Zie *Handelingen II 2005/06*, nr. 3, p. 114.

²³ Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27.400 VI, nr. 83, *Kamerstukken II 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 8-11.

²⁴ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 22.894, nr. 101, p. 2.

²⁵ Zie Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking 2005, p. 42-44.

²⁶ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 22.894 en 29.800 XVI, nr. 66, p. 6. In een protocol is aangegeven wanneer het meldrecht kan worden gebruikt en aan welke instantie een vermoeden of een geval

van meisjesbesnijdenis moeten door medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming apart worden geregistreerd.²⁷ De aanpak is geconcentreerd in zes regio's waar volgens het kenniscentrum Vluchtelingen en Gezondheid (Pharos) de groepen waar meisjesbesnijdenis zou plaatsvinden leven. Deze regio's hebben een plan van aanpak opgesteld waarin diverse preventieprojecten en deskundigheidsbevorderingsprojecten gebundeld zijn. Men verwacht niet op korte termijn resultaten maar met een lange termijnvisie de groepen beter te bereiken en het besef bij te brengen dat meisjesbesnijdenis ongewenst is.²⁸

47. Dat meisjesbesnijdenis niet is toegestaan, wordt als sinds het begin van de jaren negentig uitgedragen. Diverse ministers van Justitie en Volksgezondheid hebben bij herhaling aangegeven dat meisjesbesnijdenis een vorm van mishandeling is.²⁹ Mishandeling in in diverse gradaties strafbaar op grond van de artikelen 300–303 Sr. Daarmee wordt in ieder geval aangegeven dat alle vormen van meisjes-besnijdenis strafbaar zijn, van de incisie (te kwalificeren als eenvoudige mishandeling ex. artikel 300 lid 1 Sr) tot de infibulatie (waarbij de grote en kleine schaamlippen worden verwijderd).³⁰ Laatstgenoemde vorm zou te kwalificeren kunnen zijn als zware mishandeling (artikel 302 lid 1 Sr) nu sprake is van toebrengen van zwaar lichamelijk letsel.³¹ Indien de gedraging met voorbedachte rade is gepleegd, wanneer met andere woorden sprake is van 'kalm beraad en rustig overleg' voorafgaand aan de besnijdenis, gelden hogere strafmaxima. De strafmaxima in de artikelen 300–303 Sr variëren van drie tot twaalf jaar.³² Tot slot zijn personen die niet zijn toegelaten tot een beroep waartoe de wet toelating vordert, zoals uitoefening van het artsenberoep, eveneens strafbaar (artikel 436 Sr). De besnijder is dus voor meer dan mishandeling strafbaar.

Recentelijk is door het parlement een wetswijziging goedgekeurd waarin de rechtsmacht van de Nederlandse rechter inzake meisjesbesnijdenis is verruimd. Indien de meisjesbesnijdenis in het buitenland wordt verricht door een in Nederland woonachtige persoon, is deze persoon ook in Nederland vervolgbaar. Artikel 5 lid 1, sub 3 Sr maakt vervolging van dergelijke gevallen mogelijk. De minister van Justitie stelde dat het vestigen van universele rechtsmacht, zoals was voorgesteld door het PvdA-Tweede Kamerlid Wolfsen, ongewenst was.³³ De minister vond het te ver gaan ouders van meisjes te bestraffen als zij naar Nederland komen, terwijl de besnijdenis in het

van meisjesbesnijdenis moet worden gemeld. Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 22.894, nr. 101, p. 3.

²⁷ Zie voorstellen Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking 2005, p. 36–37.

²⁸ Zie *Kamerstukken 2005/06*, 22.894, nr. 101, p. 3.

²⁹ Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27.400 VI, nr. 83, p. 3, *Kamerstukken II 2003/04*, 29.200 XVI, nr. 231, p. 7, *Kamerstukken II 2005/06*, 30.300 XVI, nr. 21, p. 10.

³⁰ Zie over de varianten van meisjesbesnijdenis K. Bartels en Haaijer 1992, p. 39 e.v.

³¹ Om te weten of sprake is van zwaar lichamelijk letsel moet voldaan zijn aan de eisen van artikel 82 Sr. Belangrijkste bestanddeel in dit geval is dat er sprake moet zijn van 'ziekte die geen uitzicht op volkomen geneezig overlaat.' In de jurisprudentie is dit bestanddeel nooit op meisjesbesnijdenis toegepast, dus of infibulatie daaronder valt is op dit moment niet met zekerheid te zeggen. Ik denk, gezien stand van de jurisprudentie, dat bij infibulatie van zwaar lichamelijk letsel wel gesproken kan worden. Zie over de betekenis van zwaar lichamelijk letsel Cleiren in *T&C Sr*, aant. 2 bij art. 82 Sr.

³² De strafmaxima zijn nog hoger als het meisje als gevolg van de besnijdenis (met voorbedachte raad) komt te overlijden en de ouders voor de besnijdenis met dodelijke afloop worden vervolgd. Maximaal kan dan twintig jaar gevangenisstraf worden opgelegd (artikel 303 lid 2 jo. 304 onder 1 Sr)

³³ Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 28.484, nr. 13. Wolfsen kreeg overigens voor dit amendement onvoldoende steun en wijzigde het als gevolg daarvan (*Kamerstukken II 2003/04*, 28.484, nr. 41). Dat amendement is uiteindelijk aangenomen en per 1 februari 2006 wet geworden (*Stb.* 2006, 23).

land van herkomst is toegestaan. In de door de minister voorgestelde uitbreiding wordt ervan uitgegaan dat de besnijder weet (of zou moeten weten) dat meisjesbesnijdenis in Nederland strafbaar is en hij kan verwachten dat Nederland de gedraging zal berechten en bestraffen als de besnijder na de besnijdenis naar Nederland terugkeert.³⁴ Een andere verruiming van de mogelijkheden van vervolging van meisjesbesnijdenis is gelegen in de aanpassing van de verjaringsgrens. Nu begint de verjaringstermijn te lopen vanaf het moment van besnijdenis. In het wetsvoorstel zal de verjaringstermijn aanvangen de dag nadat het slachtoffer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt.³⁵ Daartoe wordt artikel 71, onder 3 Sr gewijzigd.

48. De veronderstelling dat meisjesbesnijdenis reeds op grond van de artikelen 300–303 Sr strafbaar is, neemt niet weg dat wordt gepleit voor een aparte strafbaarstelling. De oud-Tweede Kamerleden Dittrich (D66)³⁶ Hirs Ali (VVD)³⁷ hebben gezamenlijk en afzonderlijk daarvoor gepleit. In 2005 heeft ook een speciale commissie, ingesteld door de Raad voor de Volksgezondheid, voor aparte strafbaarstelling gepleit. Er zijn daarvoor een viertal argumenten. In de eerste plaats wordt aangegeven dat er een internationale verplichting is meisjesbesnijdenis apart strafbaar te stellen. Vanuit de Verenigde Naties is aangegeven dat de aanpak van meisjesbesnijdenis via het strafrecht voorkeur verdient. Erkend wordt dat een rechtsstaat respect moet tonen voor culturele en religieuze verschillen, maar wanneer sprake is van religieus of cultureel geïnspireerd geweld, althans toebrenging van ernstige schade aan mensen, heeft de rechtsstaat eveneens tot taak duidelijke grenzen te stellen. Strafbaarstelling zou dan nodig zijn.³⁸

In de tweede plaats doet aparte strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis recht aan het zogeheten *lex certa* gebod.³⁹ Dit onderdeel van het legaliteitsbeginsel verplicht de wetgever zo duidelijk mogelijke verbodsbepalingen in bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht op te nemen. De huidige regelingen rondom meisjesbesnijdenis zijn volgens Dittrich niet helder. Wat strafbaar wordt gesteld is namelijk mishandeling. Voorstanders van meisjesbesnijdenis zullen besnijdenis niet als mishandeling kwalificeren en dus onkundig kunnen blijven over het strafbare karakter ervan. Dat wordt door specifieke strafbaarstelling voorkomen, nu het verbod ‘veel zichtbaarder’ wordt. Dat kan de kennis over meisjesbesnijdenis bij politieke en justitiële autoriteiten en hulpverleners vergroten.⁴⁰

In de derde plaats wordt aangegeven dat aparte strafbaarstelling leidt tot een ‘passender vergelding’.⁴¹ Immers, meisjesbesnijdenis kan worden gezien als een in de private sfeer van mensen plaatsvindende handeling. De private sfeer wordt beschermd door artikel 8 EVRM. Tegelijkertijd stelt artikel 11 EVRM de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam centraal. Deze botsing van grondrechten moet, volgens Kool e.a., in het voordeel van artikel 11 EVRM worden beslecht, nu de bescherming van het jeug-

³⁴ Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 28.484, nr. 34, p. 32. Het gevolg van deze wetswijziging is dat de tot dan toe geldende eis van dubbele strafbaarheid is vervallen. Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29.451 nr. 1, *Kamerstukken II 2003/04*, 28.484, nr. 43, p. 1–2.

³⁵ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 22.894 en 29.800 XVI, nr. 66, p. 7–8.

³⁶ Dittrich 2003. Zie ook *Handelingen II 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 2.

³⁷ Hirs Ali in *De Volkskrant* 7 februari 2004. Hirs Ali is overigens ook voorstander van een verbod op jongensbesnijdenis, maar daarover is nooit een serieuze discussie gevoerd. Zie ook Hirs Ali 2002.

³⁸ Zie *Kamerstukken 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 2.

³⁹ Zie Kool et.al. 2005, p. 34.

⁴⁰ Zie *Kamerstukken 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 8.

⁴¹ E. Bartels, Van der Kwaak en K. Bartels 2002, p. 53.

dige lichaam belangrijker is dan de bescherming van de private sfeer van de ouders. Passende vergelding betekent dat het strafrecht genuanceerd toegepast moet worden. Er moet 'wettig en overtuigend vast zijn te stellen dat sprake is van een geïndividualiseerd schuldverwijt als grondslag voor een strafrechtelijke sanctie.'⁴² Dat betekent dat het strafrecht niet moet worden gezien als een zuiver instrument om burgers in een bepaald keurslijf te plaatsen.⁴³ Tegelijkertijd wordt ook aangegeven dat allochtonen die meisjesbesnijdenis praktiseren het 'morele besef' moet worden bijgebracht dat zij onacceptabel is en de integriteit van het lichaam boven de privacyvrijheid is gesteld.⁴⁴

In de vierde plaats wordt met strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis voorkomen dat daders van meisjesbesnijdenis een beroep kunnen doen op hun culturele achtergrond, stellende dat zij niet op de hoogte waren van de strafbaarheid van het gedrag. Dit beroep op dwaling, Kool e.a. spreken hier van een 'cultureel verweer', moet onmogelijk worden gemaakt. De belangen van de bescherming van de lichamelijke integriteit van jonge (kwetsbare) meisjes wegen zwaarder dan de belangen van de daders.⁴⁵

49. Tegenstanders van aparte strafbaarstelling stellen dat de huidige regeling voldoende mogelijkheden biedt om meisjesbesnijdenis via het strafrecht aan te pakken. Zij stellen dat het *lex certa* gebod niet wordt geschonden met de huidige situatie. Al ruim tien jaar lang wordt aangegeven dat meisjesbesnijdenis een vorm van mishandeling is, waarmee recht gedaan wordt aan het voor het *lex certa* gebod belangrijke voorzienbaarheidsvereiste.⁴⁶ Van der Kwaak e.a. hebben ook aangegeven dat de meeste allochtonen op de hoogte zijn van het verbod.⁴⁷ Dat maakt de kans op het slagen van een beroep op rechtsdwaling, waar Kool e.a. voor bevreesd zijn, minimaal. Daarbij geldt dat een verbod niet per se tot inkeer zal leiden. Een fenomeen als meisjesbesnijdenis is een eeuwenoude traditie die 'niet op stel en sprong' zal worden veranderd. Een aparte delictsomschrijving kan volgens Bartels e.a. worden beschouwd 'als een aanval op de eigen groep of op een bepaalde etnische groep. Het zet mensen met de rug tegen de muur en zal de dialoog met de betrokkenen moeilijker maken. Dit herbergt het risico dat migrantengemeenschappen zich afkeren van de overheid en hulpverlening, en illegale wegen gaan bewandelen. (...) Door een specifieke wetgeving lijkt de dialoog met de migrantengemeenschappen moeilijker te worden. Bovendien kan het als een symbolische daad naar de Nederlandse samenleving toe werken; een excuus om verdere stappen ter preventie te laten liggen.'⁴⁸ Bartels e.a. willen dat meisjesbesnijdenis via preventieve projecten worden bestreden, niet via het strafrecht. Kool et.al. zijn het hiermee eens. Strafrecht is *ultimum remedium*.

⁴² Kool et.al. 2005, p. 15. Het is opvallend dat Kool et.al. deze zinssnede opnemen nu zij in het strafrecht vanzelfsprekend is (art. 338 Sv). Blijkbaar hebben Kool et.al. met deze passage willen waarschuwen voor een al te eenvoudige strafrechtelijke aanpak van bijvoorbeeld meisjesbesnijdenis waarin enkele klassieke waarborgen van het strafrecht gegarandeerd moeten zijn (wettig en overtuigend bewijs en verwijtbaarheid). Hierna zullen we zien dat bij eerwraak aan sommige andere klassieke waarborgen wordt gesleuteld.

⁴³ In termen van Kool et.al. (2005, p. 32). Het strafrecht kan 'slechts sluitstuk zijn van een genuanceerde benadering, die primair gericht is op voorlichting en preventie.'

⁴⁴ Zie Kool et.al. 2005, p. 35. Het bijbrengen van dat morele besef is vooral een utilitair argument, nu hiermee vooral generale preventie wordt beoogd. Zie Wolleswinkel 2005, p. 617, Römkes 2002.

⁴⁵ Kool et.al. 2005, p. 35.

⁴⁶ Zie hierover De Hullu 2006, p. 95.

⁴⁷ Van der Kwaak et.al. 2003, p. 31.

⁴⁸ E. Bartels, Van der Kwaak en K. Bartels 2002, p. 52. Zie ook Van der Kwaak et.al. 2003, p. 123, Fokkema en C. Huisman 2004, p. 15.

Toch vinden diverse Tweede Kamerleden dat strafrechtelijke handhaving, ook al is het sluitstuk, noodzakelijk. Zij wijzen echter niet op aparte strafbaarstelling maar op de noodzaak van opsporing en vervolging. GroenLinks Tweede Kamerlid Halsema stelde al enkele jaren geleden dat er sprake is van een handavingsgebrek.⁴⁹ Als moet worden duidelijk gemaakt dat meisjesbesnijdenis in Nederland een onacceptabele uiting is van een bepaalde culturele overtuiging, dan is vervolging van een geval van meisjesbesnijdenis noodzakelijk. Strafbbaarstelling van meisjesbesnijdenis die niet gehandhaafd wordt, zoals in België, het Verenigd Koninkrijk en Zweden,⁵⁰ is een dode letter. Net als in Frankrijk, waar zonder aparte strafbaarstelling gevallen van meisjesbesnijdenis toch werden vervolgd,⁵¹ zal ook in Nederland het Openbaar Ministerie moeten opsporen en vervolgen. Erkend wordt dat vervolging een generaal preventief effect kan hebben,⁵² maar daaruit volgt niet de opdracht aan het Openbaar Ministerie altijd tot vervolging over te gaan,⁵³ Daartoe is naar mijn weten in ieder geval nog niet overgegaan. Al in 2002 werd door de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin het Openbaar Ministerie werd opgeroepen tot actieve opsporing en vervolging.⁵⁴ Over de uitvoering van de motie is niets bekend.⁵⁵ Onlangs kon de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport enkel aangeven dat het Openbaar Ministerie het belang van een goede aanpak van meisjesbesnijdenis onderkent.⁵⁶

50. Internationaal wordt meisjesbesnijdenis als een zeer ernstig probleem gezien. Ook in Nederland bestaat al een jarenlange consensus dat meisjesbesnijdenis een ‘gruwelijk’ fenomeen is. Die consensus heeft niet geleid tot een eenduidige visie op de strafrechtelijke aanpak van meisjesbesnijdenis. Onlangs heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport weliswaar een helder overzicht van de preventieprojecten aan de Tweede Kamer aangeboden,⁵⁷ maar over de justitiële aanpak blijven hij en de minister van justitie niet erg duidelijk. Het voorstel van Kool e.a., dat in opdracht van de Commissie bestrijding vrouwelijke genitale verminking van de Raad voor de volksgezondheid is geschreven, lijkt tot nu toe niet te worden omarmd. Kool e.a. hebben in dit rapport aangegeven waarom strafbaarstelling gewenst is. Een aantal van die argumenten wordt door andere auteurs bestreden, maar opvallend is de eensgezindheid over het ultimatum remedium karakter van het strafrecht. Kool e.a. zien in dat het strafrecht moet dienen als sluitstuk van een integrale benadering waarin preventie voorop staat. Die benadering lijken ook tegenstanders van aparte strafbaarstelling, zoals E. Bartels, Van der Kwaak en K. Bartels, te omarmen. Het strafrecht als ultimatum remedium, maar ook de nadruk op het individuele schuldverwijt als voorwaarde voor strafbaarheid, maken dat de voorstellen van Kool e.a. passen binnen algemeen aanvaardbare uitgangspunten van ons strafrecht. Voor Kool e.a. gelden dat strafbaarstelling noodzakelijk is om opsporing en vervolging aan te jagen, maar ook om het morele be-

⁴⁹ *Handelingen II 2002/03*, nr. 17, p. 961, *Kamerstukken II 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 4-7. Zie ook Masclee en Meuwese 2000, p. 541.

⁵⁰ Zie Van der Kwaak et.al. 2003, p. 65, 76, 73.

⁵¹ Zie Foblets 1992, p. 111-114, Van der Kwaak et.al. 2003, p. 69.

⁵² Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.300 XVI, nr. 21, p. 10.

⁵³ In 2002 verklaarde minister van Justitie Korthals dat ‘politie en justitie tot vervolging zullen overgaan zodra een geval van besnijdenis bekend wordt.’ Zie *Kamerstukken II 2001/02*, 28.000 VI, nr. 52, p. 9.

⁵⁴ Zie *Handelingen II 2002/03*, nr. 18, p. 1065.

⁵⁵ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.300 XVI, nr. 21, p. 5.

⁵⁶ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.300 XVI, nr. 21, p. 10.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 22.894, nr. 101.

sef bij allochtonen bij te brengen dat bepaalde culturele gebruiken onacceptabel zijn. Die argumenten worden bestreden door te wijzen op een vermeend handhavingsgebrek en door aan te geven dat dat morele besef niet vanzelfsprekend ontstaat door strafbaarstelling. Ten aanzien van dat laatste lijken Kool e.a. ervan uit te gaan dat een in een wet neergelegde norm legitiem wordt op het moment dat die norm via de gebruikelijke wetgevingsprocedure tot stand komt. E. Bartels e.a. wijzen er echter op dat deze veronderstelling te eenvoudig en zelfs gevaarlijk is. Groepen kunnen zich van de samenleving afzonderen waardoor ook de preventieve projecten hun effectiviteit kunnen verliezen. Dat roept de vraag op hoe normen in strafbaarstellingen in de praktijk toch legitiem kunnen zijn als deze normen in een andere cultuur een andere betekenis hebben. Wat maakt een strafrechtelijke rechtsnorm in een multiculturele samenleving met andere woorden legitiem? En welke ruimte heeft de rechter, in geval van een vervolging, om de rechtsnorm zo helder mogelijk uit te leggen?

2.2.3 *De aanpak van eerwraak*

51. Eerwraak staat sinds kort in de strafrechtelijke schijnwerpers. In tegenstelling tot meisjesbesnijdenis, waarvan het vermoeden bestaat dat ze in Nederland voorkomt, maar waarbij duidelijke gegevens ontbreken, heeft eerwraak zich al verschillende keren in Nederland voorgedaan, al zijn ook hier gegevens over het exacte aantal gevallen onbekend. Er zijn mijns inziens twee incidenten die het debat over eerwraak in Nederland op de agenda hebben gezet. In de eerste plaats is dat de zogenaamde *Veghelse eerwraakzaak*.⁵⁸ In deze zaak was sprake van een schietpartij, gepleegd door een jongen van zeventien jaar (Ali) in december 1999 op een regionaal opleidingscollege, waarbij zes personen gewond raakten. Doel van de schutter was een andere jongen (Hasan) te doden, omdat hij eerder dat jaar op vakantie was geweest met het zusje van Ali en daarmee de eer van de familie te schande had gemaakt. Het meisje zou in de lezing van de familie zijn ontvoerd (geschaakt). Doordat zij daardoor buiten controle van de familie viel, was haar eer (kuisheid) bezoedeld. Die bezoedelde eer (namus genoemd) diende te worden hersteld door Hasan om het leven te brengen. Ali was daarvoor de aangewezen persoon, nu hij nog minderjarig was (en normaal gesproken op basis van jeugdstrafrecht slechts een lage straf kan krijgen) en de vader (de kostwinner) geen gevangenisstraf kon riskeren.

De Veghelse zaak maakte bij nogal wat wetenschappers de pennen los en leidde tot een opleving van het debat of het strafrecht ruimte kan bieden voor culturele achtergronden.⁵⁹ Opvallend is dat deze zaak in de politiek nauwelijks tot discussie leidde. Het bleef in deze periode bij de enkele opmerking dat eerwraak onacceptabel is. Daarbij zal hebben meegespeeld, dat de schutter (en zijn vader) konden worden vervolgd en veroordeeld. In zoverre gold hier geen handhavingsprobleem, werden forse straffen opgelegd (vijf jaar gevangenisstraf voor Ali (die op grond van artikel 77b Sr een straf uit het volwassenenstrafrecht kreeg opgelegd) en negen jaar gevangenisstraf voor zijn vader) en liet de rechtspraktijk schijnbaar zien met dergelijke delicten om te kunnen gaan. Het enige dat naar aanleiding van deze zaak werd geïnitieerd was een gesprek van de minister van Grote Steden en Integratiebeleid, Van Boxtel, met het Inspraakorgaan Turken over eerwraak.⁶⁰

⁵⁸ Zie over de juridische aspecten van de zaak tegen de zoon nrs. 69, 73.

⁵⁹ Zie Strijbosch 2001, Van Eck 2002, Maris van Sandelingenambacht 2001.

⁶⁰ Zie *Brabants Dagblad* 11 december 1999.

52. Heel anders waren de reacties van een aantal jaren later op de moord op een Al-meloos meisje door haar vader in Turkije, naar verluidt omdat zij zich te ‘westers’ zou hebben gedragen en daardoor de eer van de familie te schande had gemaakt. In tegenstelling tot de Veghelse zaak leidde deze zaak tot Kamervragen en de ontwikkeling van beleid gericht op een effectievere aanpak van eerwraak. Tijdens het debat werd het standpunt van regering en Tweede Kamer ten aanzien van eerwraak duidelijk. Minister Verdonk, in tegenstelling tot voorganger Van Boxtel bekend om haar ‘realistische’ taalgebruik,⁶¹ sprak van ‘ontoelaatbare’ gedragingen, die ‘met kracht’ moeten worden uitgebannen. Verdonk stelde als gevolg hiervan dat aanpassing van het Wetboek van Strafrecht ‘wellicht opportuun’ is.⁶² Hoewel deze zaak afwijkt van de Veghelse zaak nu het slachtoffer werd gedood, het een meisje betrof dat zich wilde aanpassen aan de Nederlandse gebruiken, een thema dat de laatste tijd speerpunt van het integratiebeleid is geworden, en de vader niet in Nederland maar in Turkije werd berecht en er geen vertrouwen was dat de Turkse rechter de man hard zo straffen,⁶³ is het verschil in reactie opmerkelijk. Opvallend is ook, dat eerwraak als teken van slechte integratie wordt opgevat. Zo is in de Jaarnota Integratiebeleid 2005 te lezen dat gebrekkige scholing en werkgelegenheid onder allochtonen, twee thema’s die al sinds de Minderhedennota uit 1983 tot de kern van het integratiebeleid horen,⁶⁴ mede te maken hebben met ‘pre-moderne opvattingen’ zoals deze tot uitdrukking komen in het plegen van eerwraak.⁶⁵ Met andere woorden, betere scholing en werkgelegenheid, in het algemeen betere integratie, zijn alleen mogelijk wanneer allochtonen eerwraak opgeven. Als gevolg hiervan is een gerichte aanpak tegen eerwraak gewenst. Eerwraak wordt zelfs als een dermate belangrijk beletsel tot integratie gezien, dat de aanpak ervan in 2005 als ‘groot project’ conform artikel 31 lid 1 Reglement van Orde van de Tweede Kamer is aangemerkt. Het project is eind 2005 gestart en loopt tot 2012.⁶⁶

53. De vraag is welke rol het strafrecht zou kunnen spelen in de aanpak van eerwraak. Op zichzelf is eerwraak strafbaar als moord of doodslag, eventueel mishandeling de dood ten gevolge hebbend of zware mishandeling, de dood ten gevolge hebbend. In artikel 304 sub 1 Sr is bepaald dat indien de dader het feit pleegt tegen zijn moeder of dochter, de straffen voor de verschillende vormen van mishandeling met een derde kunnen worden verhoogd. De minister van Justitie heeft in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven welke mogelijkheden het strafrecht verder biedt ter bestraffing van eerwraak.⁶⁷ Zonder nadere toelichting wordt gewezen op zedendelicten (artikelen 239-253 Sr), belediging (artikelen 261-271 Sr), wederrechtelijke vrijheidsberoving (artikel 282 Sr), bedreiging en intimidatie (artikelen 284 en 285 Sr), dood of zwaar li-

⁶¹ Realisme verwijst hier naar de beschouwingen van B. Prins 2002, 2004.

⁶² Zie *Handelingen II 2003/04*, nr. 7, p. 254, 256.

⁶³ Tot voor kort kon een verdachte van eerwraak in Turkije een beroep doen op een bepaling in het Turkse wetboek van strafrecht op basis waarvan hij tot een vrij lage gevangenisstraf kon worden veroordeeld (namelijk eenachtste van de oorspronkelijk op te leggen straf). In het licht van een eventuele toetreding tot de Europese Unie is deze bepaling inmiddels geschrapt. Zie *De Volkskrant* 2 december 2006.

⁶⁴ Zie over de ontwikkeling van het minderheden- of integratiebeleid *Kamerstukken II 2003/04*, 28.689, nrs. 8-9, p. 37-52.

⁶⁵ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.304, nr. 1-2, p. 35-36. Zie in algemene zin Gowricharn 2006, p. 9.

⁶⁶ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.388, nr. 1. De eerste jaarrapportage van 27 september 2006 is vooral inleidend en bracht weinig nieuws. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30.388, nr. 8, p. 4.

⁶⁷ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345, nr. 34, p. 4-5.

chamelijk letsel door schuld (artikelen 307 en 308 Sr) en diefstal met geweld (artikel 312 lid 1 en 312 lid 2 sub 4 Sr).⁶⁸

Daaraan kan worden toegevoegd, dat het stelselmatig volgen van vrouwen die zich bijvoorbeeld willen onttrekken aan de familie en een ander leven willen leiden, onder voorwaarden als belaging bestraft kan worden (artikel 285b Sr). Tenslotte is een ieder krachtens artikel 136 Sr strafbaar indien hij weet van een voorgenomen moord (dus ook eerwraak), maar opzettelijk nalaat informatie daaromtrent te verschaffen aan de politie.⁶⁹ Familieleden hebben deze verplichting niet (artikel 137 Sr), maar kennissen uit het koffiehuis die van het feit weet hebben, kunnen bij opzettelijke verzwijging (van een feit dat nog niet is gepleegd) strafbaar zijn. Uit de door de minister gegeven opsomming en mijn toevoeging blijkt dat het Openbaar Ministerie bij het opstellen van de tenlastelegging en de rechter bij bewezenverklaring zeer verschillende aspecten die met eerwraak te maken kunnen hebben moet betrekken. Dat verklaart ook waarom bij de aanpak van dit delict niet meer gesproken wordt van eerwraak, maar eerge-relateerd geweld, waarin alle aspecten die met eerwraak te maken hebben kunnen worden vervolgd en berecht.

De minister van Justitie heeft verzuimd te vermelden dat ook een poging tot eerwraak (artikel 45 lid 1 Sr) en ook voorbereiding van eerwraak strafbaar zijn (artikel 46 lid 1 Sr), mits aan de voorwaarden uit artikel 45 en 46 Sr is voldaan. Zelfs poging tot uitlokking of poging tot doen plegen (artikel 46a Sr) van eerwraak kunnen strafbaar zijn. Een persoon die een ander beweegt door bijvoorbeeld misbruik van gezag is strafbaar, ook al is het feit (de eerwraak) niet gepleegd, of de dader niet strafbaar. In geval van doen plegen kan gedacht worden aan personen die ontoerekenbaar zijn (artikel 39 Sr), of personen die niet strafbaar zijn omdat zij jonger dan twaalf jaar zijn (artikel 486 Sv).⁷⁰ Doen plegen doelt op het nogal theoretische geval van een man die zijn (klein)zoon van elf jaar aanzet tot het plegen van eerwraak tegen een zus, tante of moeder, maar het kind pleegt het feit uiteindelijk niet. De man die zijn (klein)zoon tot het feit heeft aangezet, is, hoewel het feit niet gepleegd is, via doen plegen strafbaar en kan (als sprake is van moord (dat overigens strafbaar is op grond van artikel 289 Sr)) maximaal vijftien jaar gevangenisstraf krijgen.

Ook familieleden kunnen bij een (poging tot) een gepleegde eerwraak worden bestraft, op grond van bijvoorbeeld medeplegen (artikel 47 lid 1 sub 1 Sr). Zulks is mogelijk indien sprake is van een 'nauwe, bewuste en volledige samenwerking',⁷¹ die overigens niet beperkt blijft tot personen die lijfelijk aanwezig zijn, noch tot personen die actief aan het plegen van het feit meedoen. Ook uitlokken en doen plegen van eerwraak zijn strafbaar. Tenslotte kan medeplichtigheid tot strafbaarheid leiden. Medeplichtigheid kan bestaan in het behulpzaam zijn (artikel 48 sub 1 Sr) waarbij ook het nalaten van het verlenen van hulp aan het slachtoffer medeplichtigheid met zich brengt, maar ook in gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf (artikel 48 sub 2 Sr). Deze middelen kunnen vooraf, tijdens en na het gepleegde feit worden verschaft.

Kortom, de minister van Justitie stelt dat er voldoende gronden zijn om eerwraak te kunnen bestraffen. Aparte strafbaarstelling, noch aanpassing van deelnemingsvormen of andere uitbreidingen in het Wetboek van Strafrecht acht hij noodzakelijk.

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.388, nr. 6, p. 3-4.

⁶⁹ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 40, p. 10.

⁷⁰ Zie *De Hullu 2006*, p. 401-403.

⁷¹ Zie *De Hullu 2006*, p. 446-454.

54. Hij en de oud-minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (Verdonk) leggen vooral nadruk op grotere deskundigheid en, na veelvuldig aandringen door Kamerleden, een betere registratie van eerwraakgevallen. Dat laatste is vooral precair, omdat tot nu toe altijd is geweigerd criminaliteit te registreren op basis van allochtone herkomst.⁷² Registratie van eerwraak zorgt vanwege het feit dat dit delict bij bepaalde allochtone groepen voorkomt, indirect dus voor een registratie van strafbare feiten op basis van allochtone afkomst. Donner meende dat een dergelijke registratie teveel bureaucratische rompslomp met zich zou brengen.⁷³ Onder druk van de Tweede Kamer is registratie toch in gang gezet. Sinds 2004 zijn daarnaast diverse projecten van start gegaan die deskundigheid en registratie van eerwraak moeten bevorderen.⁷⁴ De na 2004 gestarte pilot projecten hebben onder andere aan het licht gebracht dat eerwraak vaker voorkomt dan veelal gedacht.⁷⁵

55. Deze cijfers hebben genoopt tot verder onderzoek maar ook de vraag opnieuw opgeroepen in hoeverre het strafrecht voldoende in staat is eerwraak te bestrijden. Diverse Kamerleden hebben aangedrongen op verschillende aanpassingen. In de eerste plaats stelde oud-Kamerlid Eerdmans van de LPF al in 2003 voor aan artikel 289 Sr (moord) een lid toe te voegen waarin voorgesteld wordt eerwraak als strafverzwarende omstandigheid in te voeren. Dit is onmogelijk, nu op moord al de maximale gevangenisstraf staat gesteld, namelijk levenslang.⁷⁶ De minister van Justitie stelde dat een motief bij moord niet van belang is. De rechter hoeft in ieder geval bij moord niet vast te stellen met welk motief het strafbare feit is gepleegd. Hij merkte daarbij op dat het opnemen van het motief in een strafbepaling waarschijnlijk niet zal leiden tot extra veroordelingen, omdat dit extra bewijslast voor het Openbaar Ministerie betekent en een bemoeilijking van de vervolging en veroordeling kan betekenen.⁷⁷ Eerwraak kan volgens de minister op grond van verschillende bepalingen worden vervolgd, waarbij de rechter in diverse stadia de culturele achtergrond van het feit kan meewegen.⁷⁸ Het meewegen van de culturele achtergrond van het feit en de dader wordt niet nader gespecificeerd, maar het lijkt erop dat de minister de mogelijkheid openlaat eerwraak ook als strafverzwarende omstandigheid mee te wegen. Zulks lijkt in ieder geval de opvatting die in de nota *Grondrechten in een pluriforme samenleving* naar voren komt.⁷⁹ Ook op andere momenten lijkt de minister eerwraak als een algemene grond voor strafverhoging te betitelen.⁸⁰ Dat lijkt een signaal naar de rechter om eerwraak als omstandigheid voor een hoge straf te beschouwen. Het opnemen van culturele achtergronden als strafverzwarende omstandigheid acht de minister echter niet gewenst. Het Wetboek van Strafrecht is geen 'symboolwetgeving' of een middel om 'politieke signalen' af te geven. Het biedt volgens de minister nu al afdoende mogelijkheden tegen eerwraak.⁸¹

In de tweede plaats wordt, ondanks de verschillende mogelijkheden, gepleit voor een verruiming van de meldplicht en een verbreding van het aantal personen dat als

⁷² Zie bijvoorbeeld Bovenkerk en Yeşilgöz 1999, p. 233.

⁷³ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 40, p. 10.

⁷⁴ Zie Ferwerda en Van Leiden 2005.

⁷⁵ Zie Siesling 2005, p. 194.

⁷⁶ Zie Aanhangel *Handelingen II 2003/04*, nr. 301.

⁷⁷ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 38, p. 15.

⁷⁸ Zie Aanhangel *Handelingen II 2002/03*, nr. 1853, Aanhangel *Handelingen II 2003/04*, nr. 301.

⁷⁹ Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29.614, nr. 2, p. 20.

⁸⁰ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 38, p. 15.

⁸¹ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 40, p. 12.

pleger van eerwraak kan worden aangemerkt. Naast de pleger zouden meer personen die om wat voor reden ook betrokken zijn bij eerwraak bestraft moeten kunnen worden. 'Eerwraak is een daad van de gemeenschap en niet van een individu', aldus CDA-Kamerlid Sterk.⁸² Onduidelijk is echter in hoeverre de Kamerleden doordrongen zijn van de mogelijkheden die het strafrecht al biedt, bijvoorbeeld door de strafbaarstelling van de hiervoor genoemde deelnemingsvormen. Het lijkt er op, dat de verruiming van aansprakelijkheid niet zozeer te maken heeft met de situatie dat een moord om de eer te zuiveren al is gepleegd, maar vooral met de situatie voorafgaand aan het delict, de situatie van voorbereiding, of verder terug, de situatie van het voor-nemen of de intentie. In een Algemeen Overleg dat op 10 februari 2005 plaatsvond, lijken veel Kamerleden het gevoel van urgentie om eerwraak hard aan te pakken te vertalen in allerhande voorstellen, die erop gericht zijn de kring van daders te vergroten en de intentie tot het plegen van eerwraak strafbaar te stellen.⁸³ De belangrijkste grondslag daarvoor lijkt te zijn de 'mogelijke symboolwerking' die daarvan uitgaat. Kamerleden hebben weinig moeite met een wetboek dat 'politieke signalen' afgeeft.⁸⁴ Het doet er niet toe of het wetboek een structuur heeft die een intrinsiek belang heeft, dat wil zeggen een eigen systematiek waarin in principe alleen fysieke gedragingen strafbaar zijn, maar niet de intentie ooit iets te willen doen of ondersteunen, als er maar wordt opgetreden.

In dit kader is tekenend de vergelijking die voormalig Tweede Kamerlid Hirsi Ali maakte met terrorisme. Eerwraak is volgens haar een misdrijf dat met een terroristisch oogmerk (artikel 83a Sr) wordt gepleegd en verdient daarom een met terrorisme vergelijkbare aanpak.⁸⁵ Hoewel dit idee door de overige leden van de Tweede Kamer is afgewezen, blijkt dat men wel een voorstel ter bestrijding van terrorisme wil toepassen op de bestrijding van eerwraak. Dit voorstel is het periodiek melden door personen⁸⁶ van wie wordt vermoed dat zij in de toekomst betrokken zullen zijn bij eerwraak.⁸⁷ Dit idee is niet van strafrechtelijke, maar bestuursrechtelijke aard en omzeilt daarmee de beperkingen in het strafrecht ten aanzien van opsporings- en vervolgingsbevoegdheden. Het voorstel is er niet zozeer op gericht strafbare feiten te vervolgen en bestraffen, maar een maatregel die is bedoeld familieleden ervan te doordringen dat eerwraak strafbaar is, los van de vraag of die ook daadwerkelijk worden vervolgd en bestraft. Of die familieleden in strafrechtelijke zin als dader of medeplichtige kunnen worden gezien, doet daarbij niet terzake. Sterker, de door de minister van Justitie geformuleerde strafrechtelijke bezwaren worden gezien als 'juridische beren'⁸⁸ die niet moeten afschrikken maar 'enthousiast' te lijf moeten worden gegaan, zodat het strafrecht 'optimaal wordt benut'.⁸⁹ Dit betekent ofwel dat de bestaande systematiek moet worden aangepast, ofwel het omzeilen van deze systematiek door niet een strafrechtelijke aanpak voorop te stellen, maar een bestuursrechtelijke.

⁸² *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 38, p. 2.

⁸³ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 38, p. 5.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van Albayrak (PvdA), Van der Laan (D66) en Kranenveldt (LPF) in *Handelingen II 2004/05*, nr. 57, p. 3702, 3703.

⁸⁵ Zie *De Volkskrant* 4 februari 2005.

⁸⁶ Zie hiervoor in het kader van terrorismebestrijding *Kamerstukken II 2004/05*, 29.754, nr. 5, p. 13.

⁸⁷ *Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 38, p. 8, 9, 10, 11.

⁸⁸ Het woordgebruik is hier ietwat merkwaardig, omdat beren verwijst naar steunberen, die dus houvast bieden aan bepaalde constructies. In deze zin opgevat, maakt het willen verwijderen van steunberen, nog duidelijker waar diverse Kamerleden op aansturen: een ontmanteling van die begrippen die aan verdachten van strafbare feiten in hun ogen teveel rechtsbescherming zou bieden.

⁸⁹ *Handelingen II 2004/05*, nr. 57, p. 3702, 3704.

56. Wanneer we de voorstellen bekijken, kunnen we de ontwikkelingen als volgt duiden. Ten eerste wordt eerwraak gezien als een groot kwaad dat met forse maatregelen moet worden bestreden. Hoewel de meeste aandacht gericht is op deskundigheidsbevordering en registratie van eerwraak, wordt de roep om een effectiever gebruik van het strafrecht luider. Dit kan verklaard worden door de feiten die over eerwraak naar buiten worden gebracht.⁹⁰ In combinatie met de veronderstelling dat eerwraak niet alleen een voorbeeld van maar ook een belemmering voor succesvolle integratie zou zijn, is de roep om hardere maatregelen verklaarbaar. Recent blijkt dat de aandacht voor het strafrecht verslapt. Wel blijkt dat over de band van het bestuursrecht maatregelen worden voorgesteld, die weliswaar niet tot bestraffing leiden, maar diepe inbreuk kunnen maken op de bewegingsvrijheid van burgers. Deze inbreuk zou echter geen bezwaar zijn, nu eerwraak als een dermate groot probleem wordt gezien, dat van alles mogelijk lijkt.⁹¹

Ten tweede zien we dat verschillende strafrechtelijk getinte voorstellen ingrijpen in de bestaande systematiek van het strafrecht. Het voorstel eerwraak als strafverzwarende omstandigheid aan te merken leidt tot invoering van (cultureel getinte) motieven in het strafrecht. Kenmerkend voor het Nederlandse strafrecht is juist dat motieven in zeer veel gevallen niet terzake doen. Het strafrecht treedt bijvoorbeeld bij moord of doodslag niet in de gedachten achter de gedraging nu die tot de innerlijke vrijheid van elke dader om zijn leven op eigen wijze in te richten hoort. Het strafrecht dient neutraal te staan tegenover motieven bij dergelijke gedragingen. Die neutraliteit lijkt nu te worden verlaten door culturele gebruiken als grond voor strafverzwaring in te voeren. Dat kan betekenen dat de bepaling van schuld een zoektocht wordt naar de motieven van de verdachte en dat heeft de rechter terzake van bijvoorbeeld moord en doodslag, maar ook bij mishandeling, altijd willen vermijden. Hij begeeft zich dan op voor hem onbekend terrein. De berechting en veroordeling worden daardoor veel minder een strafrechtelijke aangelegenheid, maar een veroordeling op basis van kennis die de rechter niet zelf heeft, maar waarvoor hij afhankelijk is van deskundigen, zoals antropologen.⁹² De rechter wordt daardoor, waarschijnlijk onbewust, door de wetgever in een bepaalde richting gestuurd die de rechterlijke beslissingsvrijheid kan belemmeren.

Strafbaarstellen van motieven neigt naar strafbaarstelling van de intentie. Deze ontwikkeling is al langer gaande, maar steekt ook in de discussie over eerwraak de kop op. Strafbaarstelling van de intentie wordt echter gezien als een breuk met de gedachte dat het strafrecht geen *Gesinnungsstrafrecht* is.⁹³ Het strafbaar stellen van wat in iemands hoofd zit, maar waaruit nog niet blijkt dat het feit ook daadwerkelijk gepleegd wordt, lijkt samen te hangen met een vermeend causaal verband tussen oorzaak en gevolg. Het lijkt erop dat de wetgever ervan uit gaat dat eerschending automatisch eerwraak oplevert. De oorzaak (de schending van de eer) moet dan wel leiden tot het om het leven brengen van de eerschender. Dit eenvoudige causale verband maakt het begrijpelijk om zo vroeg mogelijk op te kunnen treden. Immers, dat ingrijpen kan mensenlevens redden. Yeşilgöz en Harchaoui geven echter aan dat een dergelijk causaal verband niet bestaat. Andere opties zijn mogelijk.⁹⁴ Als andere opties openstaan, waarom

⁹⁰ Recentelijk stonden in de media berichten over de omvang van eengerelateerd geweld. Uit diverse pilot projecten blijkt dat de omvang vrij groot is. Zie J. Janssen 2006.

⁹¹ Zie *Kamerstukken II 2004-2005*, 28.345 en 29.203, nr. 40, p. 8, 11.

⁹² Zie Galenkamp 2005, p. 254.

⁹³ Aldus bijv. De Hullu 2006, p. 143.

⁹⁴ Yeşilgöz en Harchaoui 2003, p. 69.

wil men de intentie dan in het strafrecht betrekken? Wil men dan meer dan alleen de gedraging (eerwraak) strafbaar stellen, maar ook de symptomen die eventueel tot eerwraak zouden kunnen leiden? Betekent dit dan niet het strafbaar stellen van een culturele traditie? En zo ja, kan dat?

Het verlaten van een intentie-neutraal strafrecht en het willen strafbaar stellen van motieven is een interessante ontwikkeling. Opvallend is dat de voormalige minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie deze door Kamerleden gelanceerde ideeën niet lijkt af te keuren. Zelf pleitte ze onlangs ook voor strafverzwaring van eerwraak.⁹⁵ Haar argument is daarbij dat de rechtsstaat verlangt dat harde en dus ook onorthodoxe maatregelen tegen eerwraak moeten kunnen worden genomen. Die rechtsstaat wordt door de minister echter niet duidelijk omschreven. De vraag is of een rechtsstaat ook strafbaarstelling van (cultureel geïnspireerde) intenties verdraagt. De oproep van de wetgever om sneller in te grijpen tegen eerwraak stelt de rechter voor een dilemma. Dient hij gehoor te geven aan deze oproep en bijvoorbeeld sneller voorbereidingshandelingen strafbaar te achten? Of dient hij sneller personen die kennis hebben van het strafbare feit, en dat feit om culturele redenen goedkeuren, te kunnen bestraffen op grond van medeplegen of medeplichtigheid?

2.3 Culturele delicten in de Nederlandse jurisprudentie

2.3.1 *Inleiding*

57. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de jurisprudentie. Aan de hand van het schema van vragen uit artikel 350 Sv wordt inzicht verschaft in de wijze waarop rechters rekening trachten te houden met de culturele achtergrond van daad en dader. In artikel 350 Sv zijn de vragen opgenomen, die nodig zijn om aan te geven of de verdachte voor het hem ten laste gelegde feit kan worden veroordeeld. Ik begin in paragraaf 2.3.2 met een korte uiteenzetting van de inhoud van de in artikel 350 Sv opgenomen vragen. Daarna zal ik de jurisprudentie per vraag ordenen. In paragraaf 2.3.3 wordt de jurisprudentie behandeld die betrekking heeft op bewijsproblemen, in paragraaf 2.3.4 jurisprudentie die betrekking heeft op de strafbaarheid van het feit, in paragraaf 2.3.5 de jurisprudentie die betrekking heeft op de strafbaarheid van de dader en in paragraaf 2.3.6 de jurisprudentie die betrekking heeft op de op te leggen straf op maatregel. Ik sluit deze paragraaf af met een conclusie (paragraaf 2.3.7). Een aantal paragrafen zal onderverdeeld zijn in subparagrafen. De reden hiervoor is om de helderheid te vergroten. Vooral in paragraaf 2.3.3 worden verschillende aspecten behandeld die onderverdeling van deze paragraaf vereisen.

58. Ik heb ervoor gekozen om alleen gepubliceerde jurisprudentie te behandelen. Ik acht het een nadeel de verschillende ongepubliceerde zaken, hoe uitgebreid zij ook zijn behandeld,⁹⁶ op te nemen, omdat geen inzage kon worden verkregen in de precieze argumentatie van de rechter. Weergave van alleen gepubliceerde jurisprudentie vergroot de controleerbaarheid van de onderhavige analyse. In dit verband is een probleem dat de praktijk van de Nederlandse rechtspraak gebruik wordt gemaakt van zogenaamde kop-staartvonnissen (artikel 365a Sv), die zich door een dermate beperkte argumentatie kenmerken dat de neiging kan ontstaan bepaalde opvattingen ergens in te

⁹⁵ Zie *NRC Handelsblad* 13 november 2006.

⁹⁶ Zie bijv. Wiersinga 1993, Wiersinga 2002, Strijbosch 1991, Komen en Siesling 2002.

lezen. Dit probleem kon niet helemaal worden ondervangen, doordat ik de jurisprudentie op steekwoorden, zoals eerwraak, voodoo, winti, schaking, culturele achtergrond, heb onderzocht. Echter, ik heb getracht die begrippen niet zelf in een zaak te lezen, maar gebruik te maken van de opvattingen van (één der) procesdeelnemers.⁹⁷

2.3.2 *Het beslissingsmodel van artikel 348/350 Sv*

59. Een rechterlijke einduitspraak, dat wil zeggen een uitspraak conform het bepaalde in artikel 138 Sv, bevat de beslissing van de rechter in een individuele strafzaak. Zij bevat de antwoorden op een aantal vragen. Die vragen worden verdeeld in twee groepen, de formele en de materiële vragen. De formele vragen hebben betrekking op procedurele aspecten van de gevoerde strafzaak. Zij zijn in artikel 348 Sv opgenomen.⁹⁸ Ik ga op deze vragen verder niet in aangezien hier geen verbinding is gevonden met culturele delicten. De materiële vragen zijn de vragen die betrekking hebben op de inhoud van de strafzaak. Zij zijn in artikel 350 Sv opgenomen. De beantwoording van de vier vragen geschiedt ‘op den grondslag der telastlegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting’. Uitgangspunt van het Nederlandse strafprocesrecht is dat de rechter alleen kan beslissen wanneer sprake is van een tenlastelegging, de door het Openbaar Ministerie opgestelde beschuldiging waarin een opgave van het feit is opgenomen, alsmede de omstandigheden waaronder het feit is gepleegd, met vermelding van tijd, plaats en het overtreden wettelijk voorschrift (artikel 261 lid 1 en 2 Sv). Het onderzoek op de terechtzitting moet zodanig zijn ingericht dat het bewijsmateriaal dat in het vooronderzoek is vergaard ter zitting kan worden gepresenteerd en geverifieerd. Naar aanleiding daarvan moet de rechter tot een afweging komen en nagaan in hoeverre tot hij een bewezenverklaring van het ten laste gelegde feit kan uitspreken. Daarnaast dient de zitting ook zo te zijn ingericht dat de omstandigheden waaronder het feit is begaan kunnen worden achterhaald, waardoor de rechtbank inzicht kan verkrijgen in de eventuele aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond.⁹⁹

Artikel 350 Sv bevat uit vier vragen: 1) kan het ten laste gelegde feit bewezen worden verklaard, 2) is het bewezenverklarde feit een strafbaar feit, 3) is de dader van het strafbare feit strafbaar en 4) welke straf of maatregel kan de dader worden opgelegd?

Ad 1) Het bewijs van een ten laste gelegd feit geschiedt op basis van van wettelijke bewijsmiddelen en de rechterlijke overtuiging (artikel 338 Sv). Daarom wordt ons bewijsstelsel negatief-wettelijk genoemd.¹⁰⁰ De bewijsmiddelen zijn in de wet limitatief opgesomd (artikel 339 Sv) en moeten tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de rechter worden gepresenteerd.¹⁰¹ De rechter moet nagaan of uit de bewijsmiddelen

⁹⁷ Zie ook Renteln 2004, p. 7–8. Wiersinga 2002, p. 126–127. Zo kan bijv. worden gewezen op een zaak uit 2001 waarin een geslaagd beroep op noodweer werd gedaan in een vonnis waar het volgens de rechtbank ging om ‘netelige familieaangelegenheden’. Nu kan wel worden bedacht waarop die aangelegenheden betrekking hadden, maar nu daarover in het vonnis geen mededelingen worden gedaan, wordt de wens de vader van de gedachte wanneer in die termen cultureel getinte problemen worden gelezen. Deze zaak heb ik buiten beschouwing gelaten. Zie Rb ’s-Gravenhage 14 december 2001, LJN AD7192.

⁹⁸ Zie uitgebreid Corstens 2005, p. 622–632.

⁹⁹ Het gerechtshof maakt bij de beoordeling in hoger beroep overigens ook gebruik van het beslissingsschema van artikel 348/350 Sv. Zie artikel 415 Sv.

¹⁰⁰ Zie Corstens 2005, p. 634.

¹⁰¹ In de praktijk is hier overigens niet altijd sprake van. De verplichting processtukken voor te lezen (artikel 301 lid 1 Sv) geschiedt veelal standaard door het geven van een zeer korte samenvatting (artikel 301 lid 3 Sv). Getuigen worden veelal in het vooronderzoek al gehoord door de politie of de rechter-commissaris. Hun getuigenis wordt op schrift gesteld en als bewijs gebruikt. Ter zitting worden lang niet alle getuigen gehoord. Dat volgt uit de zogeheten de auditu-jurisprudentie. Zie

kan komen vast te staan dat de in de tenlastelegging opgenomen feiten en omstandigheden zich ook werkelijk hebben voorgedaan. In de praktijk kan discussie ontstaan over de aanwezigheid van bewijs van een bepaald bestanddeel. Een tenlastelegging is zo opgebouwd dat de bestanddelen van een delictsomschrijving waarvan het OM denkt dat die door de verdachte is gepleegd de bouwstenen zijn van de tenlastelegging. In de praktijk betekent dit dat een verdachte bijvoorbeeld ten laste kan zijn gelegd dat hij onder 'bedreiging van geweld' iemand heeft verkracht (artikel 242 Sr). Dat bestanddeel is in de tenlastelegging opgenomen en aan de hand van feiten en omstandigheden nader uitgelegd. De verdachte kan betwisten dat het seksueel verkeer onder 'bedreiging met geweld' plaatsvond. De rechter zal dan met de aanwezige bewijsmiddelen moeten bewijzen dat er wel sprake was van een 'bedreiging met geweld'. Kan uit de aanwezige bewijsmiddelen zulks niet worden afgeleid, dan volgt vrijspraak (artikel 352 lid 1 Sv). De rechter komt niet meer toe aan de volgende drie vragen.

Ad 2) Als het ten laste gelegde feit wel bewezen kan worden verklaard, is de volgende vraag die de rechter moet beantwoorden of het bewezenverklaarde feit ook een strafbaar feit inhoudt. Blok en Besier splitsen deze vraag in twee delen en ik volg hen hierin.¹⁰² Het eerste deel van deze vraag is of het bewezenverklaarde feit te *kwalificeren* is als een strafbaar feit.¹⁰³ Simpel gezegd komt dit erop neer het bewezenverklaarde feit op de delictsomschrijving te plakken en na te gaan of alle bestanddelen in het bewezenverklaarde feit overeenkomen met de bestanddelen in de delictsomschrijving. Is dat niet het geval, dan kan het bewezenverklaarde feit niet worden gekwalificeerd als strafbaar feit waarna ontslag van alle rechtsvervolging volgt (artikel 352 lid 2 Sv). In paragraaf 2.3.4 zal de kwalificatievraag niet aan de orde komen. Dit kan worden verklaard door de sobere omschrijving van de delicten in het Wetboek van Strafrecht. Het wetboek heeft volgens Wiersinga een 'weinig autochtone kleur',¹⁰⁴ wat betekent dat er nauwelijks delicten in te vinden zijn die 'typisch' Nederlands zijn en waarin een duidelijk culturele dimensie kan worden teruggevonden.¹⁰⁵ Motieven of de gemoedstoestand tijdens het plegen van het delict zijn veelal niet in een bestanddeel opgenomen. Het gevolg is dat de rechter die gemoedstoestand niet hoeft te bewijzen, maar ook dat hij – wanneer er toch sprake is van bewezenverklaring van een gemoedstoestand – die vrij eenvoudig kan kwalificeren.

De tweede vraag van artikel 350 Sv heeft ook betrekking op de wederrechtelijkheid. De vraag is dan of het door de rechter bewezenverklaarde, als strafbaar gekwalificeerde feit in *dit* geval strafbaar is. Er kan onder omstandigheden een rechtvaardiging zijn voor het gepleegde feit. De aanwezigheid van een dergelijke rechtvaardiging (bijvoorbeeld noodweer (artikel 41 lid 1 Sr) of overmacht in de zin van noodtoestand (artikel 40 Sr)), neemt de wederrechtelijkheid in dit geval weg. We spreken dan over *materieel* wederrechtelijkheid.¹⁰⁶ Het bewezenverklaren en kunnen kwalificeren van een ten laste gelegd feit levert *formele* wederrechtelijkheid op: de gedraging stemt overeen met een wettelijke delictsomschrijving. Zelfs als de gedraging daarmee overeenstemt, kunnen er omstandigheden zijn die ertoe leiden dat het feit niet strafbaar is. Het feit werd bijvoorbeeld in noodweer gepleegd. Indien die omstandigheid aannemelijk is,

Corstens 2005, p. 651-653.

¹⁰² Blok en Besier 1926, p. 180-181. Zie ook Kelk 2005, p. 250-251, Enschedé/Bosch 2005, p. 142-143.

¹⁰³ Over de kwalificatiebeslissing, zie Pelser 1995.

¹⁰⁴ Wiersinga 1999a, p. 138. Zie ook Wolswijk 2004, p. 257, 259-260.

¹⁰⁵ Zie W. Huisman 1995, p. 81-82, Doomen en Ketting 1983, p. 1412.

¹⁰⁶ Zie Van Veen 1986, p. 353.

wordt het feit door de rechter niet strafbaar verklaard en volgt ontslag van alle rechtsvervolging (artikel 352 lid 2 Sv). De rechter komt aan beantwoording van de overige vragen niet toe.

Ad 3) Als het ten laste gelegde feit bewezen kan worden verklaard, kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit en er geen reden is aan te nemen dat er ten tijde van het gepleegde strafbare feit een rechtvaardigingsgrond was die de materiële wederrechtelijkheid wegneemt, is de derde vraag of de dader strafbaar is. Deze vraag heeft betrekking op het verwijt. Kan het de dader worden verweten dat hij op dat moment het strafbare feit pleegde of zijn er op de persoon betrokken omstandigheden die ertoe leiden dat hem dat verwijt niet kan worden gemaakt. Het verwijt vormt de vertaling van het feit dat het Nederlandse strafrecht ook *schuldstrafrecht* is.¹⁰⁷ Geen straf kan worden opgelegd zonder de aanwezigheid van een verwijt. Dat de dader verwijtbaar heeft gehandeld, wordt verondersteld. Uitgangspunt van ons strafrecht is dat de dader uit vrije wil handelde en gekozen heeft het strafbare feit te plegen.¹⁰⁸ Dat neemt niet weg dat er omstandigheden kunnen zijn waaruit blijkt dat niet uit vrije wil is gehandeld. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de dader een beroep doet op een schulditsluitingsgrond, zoals psychische overmacht. Aanname daarvan betekent de erkenning dat een dader niet altijd controle heeft over zijn eigen handelen. Indien de rechter het aannemelijk acht dat een verwijt niet gemaakt kan worden, volgt eveneens ontslag van alle rechtsvervolging (artikel 352 lid 2 Sv). Wel kan, ook na ontslag van alle rechtsvervolging wegens niet-strafbaarheid van de verdachte vanwege ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr), de maatregel terbeschikkingstelling (artikel 37b Sr) of opname in een psychiatrisch ziekenhuis (artikel 37 Sr) worden opgelegd. Bestrafing is echter niet mogelijk.

Ad 4) Het opleggen van een straf (dat wil zeggen een gevangenisstraf, hechtenis, geldboete of een taakstraf (artikel 9 lid 1 Sr)) is pas mogelijk na een positieve beantwoording van de vorige vragen. De rechter hoeft geen straf op te leggen (artikel 9a Sr) en is verder gebonden aan vrij algemene bepalingen. Hij mag geen lagere straf opleggen dan het algemene strafminimum (artikel 10 lid 2 en artikel 23 lid 2 Sr), geen hogere straf dan het strafmaximum van het bewezenverklaarde strafbare feit (los van het bepaalde in titel VI, eerste boek Sr) en hij dient in zijn vonnis bij het opleggen van een gevangenisstraf de redenen aan te geven waarom hij een dergelijke straf oplegt (artikel 359 lid 6 Sv).¹⁰⁹ De bepaling van de hoogte van de straf biedt de rechter een grote vrijheid, zij het dat interne aanwijzingen wel een zekere stroomlijning met zich hebben gebracht.¹¹⁰ Die stroomlijning zien we ook bij het Openbaar Ministerie dat gebruik maakt van richtlijnen. Tot nu toe zijn dergelijke richtlijnen ten aanzien van bepaalde culturele delicten, zoals eerwraak, nog niet gemaakt. Het Openbaar Ministerie is wel bezig opsporings- en vervolgingsrichtlijnen op te stellen terzake de aanpak van eerwraak, maar onduidelijk is of in die richtlijnen ook regelingen zullen staan over (minimale) strafeisen.

In de rest van deze paragraaf zal in elke subparagraaf een vraag van artikel 350 Sv als uitgangspunt worden genomen bij de behandeling van de jurisprudentie. Aangezien zoals gezegd ten aanzien van de kwalificatievraag geen jurisprudentie gevonden is, zal na de bewijsvraag direct worden overgestapt naar de vraag over materiële wederrechtelijkheid (de aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden dus).

¹⁰⁷ Zie hoofdstuk 1, nr. 22.

¹⁰⁸ Zie De Hullu 2006, p. 195.

¹⁰⁹ Zie Schoep 2006. Overigens geldt bij het opleggen van TBS hetzelfde (art. 359 lid 7 Sv).

¹¹⁰ Zie Schoep en Schuyt 2005.

2.3.3 De bewijsvraag en culturele achtergronden

2.3.3.1 Bewijs van verkrachting

60. In de jurisprudentie is een aantal zaken gevonden die betrekking hebben op het bewijs. Ik behandel a) de betekenis van bedreiging met geweld, b) de problematiek rond de betekenis van diverse bestanddelen in artikel 281 Sr en c) het bewijs van medeplegen.

Ad a) Ten eerste kan gewezen worden op het bewijs van het bestanddeel *bedreiging met geweld* uit artikel 242 Sr.¹¹¹ Het hof had in in hoger beroep aangenomen dat onder bedreiging met geweld ook moet worden verstaan het dreigen met spirituele krachten die het slachtoffer onder druk hadden gezet en ertoe hadden geleid dat zij was verkracht. De verdachte had gedreigd spirituele krachten op het slachtoffer te gebruiken, zodat zij een epilepsie- of hartaanval kon krijgen als zij zich verzette tegen het seksueel binnendringen van haar lichaam door verdachte. Omdat het slachtoffer geloof hechte aan deze uitspraken, liet zij de verkrachting toe. Volgens de raadsman kon hierdoor geen sprake zijn van bedreiging met geweld, omdat het bestanddeel een objectieve betekenis toekomt. Het hof kende het bestanddeel een subjectieve betekenis toe. De vraag die zich in cassatie voordoed was of bedreiging met geweld vanuit het perspectief van het slachtoffer moet worden gezien, zoals het hof deed, of een objectieve betekenis toekomt. Advocaat-generaal Leijten en de Hoge Raad gaan met het hof mee. Van bedreiging met geweld is sprake 'als iemand bewerkt, dat de ander, een vrouw, vreest, dat zij door zijn toedoen een ernstige ziekte zal oplopen als zij aan de wens om met hem gemeenschap te hebben niet zou toegeven', aldus Leijten. Dit is inmiddels vaste rechtspraak geworden.¹¹²

Daaruit blijkt volgens annotator 't Hart dat bedreiging met geweld 'niet geheel objectiverend mag worden beoordeeld. De aard van de bedreiging moet niet alleen in het totaal van de situatie worden gezien, maar bovendien behoort de bedreiging – naar vorm en inhoud – niet te worden getoetst aan de indruk die zij in het algemeen op redelijke mensen maakt: het gaat erom dat de bedreigde persoon inderdaad opzettelijk vrees is aangejaagd door een handeling die iets teweeg breng[t].' Het interessante aan deze uitspraak is ten eerste dat de ruimte voor culturele verschillen niet alleen betrekking heeft op de dader, maar ook het slachtoffer. Ten tweede blijkt hier een uitdrukking te zijn gevonden van de flexibiliteit van het strafrecht,¹¹³ en dus rekening te zijn gehouden met ontwikkelingen die ten tijde van het totstandkomen van het wetboek ondenkbaar waren.

2.3.3.2 Bewijs van schaking

61. Ad b) In de tweede plaats kan gewezen worden op de betekenis van diverse bestanddelen van artikel 281 Sr. Dit betreft de strafbaarstelling van schaking. Schaking is een strafbaar feit dat al sinds 1886 in het Wetboek van Strafrecht staat, maar door de komst van allochtonen weer in de belangstelling is geraakt.¹¹⁴ In de literatuur wordt melding gemaakt van diverse strafzaken, in de gepubliceerde jurisprudentie heb ik twee zaken kunnen vinden. In de eerste zaak was de discussie in hoeverre de gedraging van de verdachte kon worden omschreven als 'het bezit in of buiten echt te verzeke-

¹¹¹ HR 21 februari 1989, NJ 1989, 668, m. nt. 't H.

¹¹² Zie bijv. HR 28 mei 1996, DD 96.321.

¹¹³ Zie 't Hart 1994, p. 291.

¹¹⁴ Zie Nellestijn 1981, Wiersinga 1999b, Uit Beijerse 2003.

ren', een bestanddeel van artikel 281 lid 1 Sr. Volgens de raadsman was de gedraging van de verdachte niet gericht op het bezit, door hem uitgelegd als seksuele gemeenschap. De verdachte was een geïntegreerd persoon, maar wilde enkel door een verblijf met het slachtoffer onder één dak een huwelijk afdwingen (over seksuele gemeenschap wordt niet gesproken). Uit de bewijsmiddelen kon niet worden afgeleid dat de verdachte de vrouw had meegenomen om met haar seksuele gemeenschap te hebben. Nu dat echter de betekenis is van het betreffende bestanddeel, kon het ten laste gelegde niet bewezen worden, aldus de raadsman. De Advocaat-generaal stelde echter dat het betreffende bestanddeel een bredere betekenis heeft en betrekking heeft op het afdwingen van een huwelijk. Dat kon bewezen worden. Volgens de Advocaat-generaal, die het hof volgt, kon de verdachte gewoon veroordeeld worden. De Hoge Raad hanteerde echter een beperkte betekenis en volgde de raadsman: in of buiten echt het bezit verzekeren slaat op het willen hebben van seksuele gemeenschap. Nu dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid, kon het ten laste gelegde niet bewezen worden. Er volgde dus vrijspraak.¹¹⁵

In de tweede schakingszaak, enkele maanden later gewezen, staat het bestanddeel 'huwelijk' uit artikel 281 lid 4 Sr ter discussie. Daarin wordt bepaald dat geen veroordeling wegens schaking kan plaatsvinden dan nadat het huwelijk dat tussen de dader en de 'weggevoerde' is gesloten, nietig is verklaard. In casu was sprake van een huwelijk krachtens 'Syrisch-orthodoxe rite' dat niet nietig was verklaard. Dit had verder geen betekenis. 'Wie in Nederland een huwelijk wil sluiten kan dat naar vaste regel van internationaal privaatrecht doen op de wijze die in het BW is voorgeschreven', aldus de Advocaat-generaal in zijn conclusie. Nu daarvan geen sprake was, was lid 4 niet van toepassing. Het huwelijk bestond naar Nederlands recht toch al niet. In het licht van het eerste schakingsarrest is interessant dat de Advocaat-generaal (AG) de gelegenheid aangrijpt zijn in het eerste arrest gehuldige standpunt nader toe te lichten. Daaruit blijkt dat 'in en buiten echt verzekeren' een ruime betekenis heeft. Niet alleen seksuele gemeenschap, ook het buiten echt verzekeren van de geschaakte ten behoeve van een huwelijk valt onder het bereik van dit bestanddeel. Nu het cassatiemiddel daar verder niet over rept, gaat de Hoge Raad hier niet op in. Dit stilzwijgen is volgens de annotator, Mulder, een teken dat de Hoge Raad is 'om' gegaan en afstand heeft genomen van zijn eerdere uitspraak.¹¹⁶ Van Strien stelt echter dat uit niets blijkt dat de Hoge Raad is omgegaan.¹¹⁷

Waar Mulder zich op baseert is onduidelijk. Immers, de Hoge Raad rept met geen woord over de conclusie van de Advocaat-generaal voor zover die betrekking heeft op het 'in en buiten echt verzekeren'. Dat de Hoge Raad er niet op ingaat en de conclusie dus laat voor wat zij is, betekent volgens mij niet dat hij van standpunt is veranderd. De discussie is echter wel belangrijk: hoever mag de rechter gaan in het uitleggen van bestanddelen van delict omschrijvingen? In het laatste arrest toont de Advocaat-generaal vrij overtuigend aan hoe het bestanddeel 'in en buiten echt verzekeren' wets-historisch moet worden uitgelegd. Toch hanteert de Hoge Raad, overigens ook verwijzend naar de wetshistorie, een andere uitleg. Mag de rechter, bijvoorbeeld als gevolg van de culturele achtergrond van deze gedraging, de reikwijdte van de rechts-norm zodanig verfijnen dat bepaalde culturele delicten er niet meer onder vallen? Of moet, zoals Mulder zegt, voor deze 'folklore' wel 'alle begrip' worden opgebracht,

¹¹⁵ HR 27 februari 1990, NJ 1991, 109.

¹¹⁶ HR 2 juli 1990, NJ 1991, 110, m.nt. GEM.

¹¹⁷ Van Strien in *T&C Sr*, aant. 8b bij art. 281 Sr.

maar uiteindelijk 'de eigen rechtscultuur krachtig [worden gehandhaafd] wanneer deze wordt geconfronteerd met een cultuur die uitgaat van beginselen die niet met de onze zijn overeen te brengen'?

2.3.3.3 *Bewijs van medeplegen*

62. Ad c) Ten derde kunnen bewijsvragen waar culturele achtergronden een rol spelen betrekking hebben op de vaststelling van opzet.¹¹⁸ Dit is vooral zichtbaar bij het bepalen van medeplegen.¹¹⁹ Er is een aantal zaken waar medeplegen in verband wordt gebracht met de culturele achtergrond van de daad en dader. Een voorbeeld is de berechting van de ouders wegens de moord op hun zestienjarige dochter. De dochter zou zijn omgebracht vanwege haar losbandige levensstijl, waardoor zij de eer van de familie te schande zou hebben gemaakt. Van belang is de berechting van de moeder, omdat vaststond dat zij geen aandeel had in de moord, maar enkel daarbij aanwezig was geweest en bij het wegmaken van het lijk. De rechtbank stelde dat er sprake was van medeplegen door de moeder. Gelet op het feit dat de familie-eer moest worden hersteld en ze niet had ingegrepen, had ze zich in een dusdanige situatie gebracht, dat zij zich door niet te distantiëren schuldig maakte aan medeplegen van moord.¹²⁰ In hoger beroep stelde het hof dat de verdachte wist dat haar dochter zou worden gedood indien zij zich niet aan de regels van eer zou conformeren (hetgeen in haar geval betekende onmiddellijk huwen met haar vriend of met een ver familielid uit Iran). Tevens wist zij dat haar echtgenoot het meisje wilde doden. De vrouw liet dit gebeuren en greep niet in. 'Door haar handelwijze heeft de verdachte niet alleen ingestemd met de doding van haar dochter, maar daar ook aan meegedaan', aldus het hof.¹²¹ In cassatie wees de raadsman erop dat de vrouw zich niet kon distantiëren, 'gelet op haar ondergeschikte positie als vrouw in een niet-westerse cultuur'. De vrouw zou afhankelijk zijn van de bescherming van mannelijke familieleden en kon geen zelfstandige beslissing nemen zich al dan niet van de moord te distantiëren. Zij was trouw aan de familie en zou dus niet 'het geringste vermoeden scheppen dat zij het gezag van het gezin dan wel het gezag van de familiestructuur zal ondermijnen.' Dit verweer vond in cassatie geen gehoor. De Hoge Raad stelt eenvoudig dat het niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt dat er door het hof is vastgesteld dat er sprake is van medeplegen.¹²² Wolswijk stelt in een commentaar dat de raadsman zich had moeten beroepen op overmacht in plaats van het ontbreken van medeplegen. Wolswijk geeft daarmee aan dat de grens tussen de verschillende vragen van 350 Sv in de praktijk vaag kan zijn. Een beroep op afwezigheid van medeplegen vanwege het ontbreken van de vrije wil

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rb Groningen 17 juli 2003, *LJN* AH9935.

¹¹⁹ Zie hierover reeds Ten Voorde 2003, Siesling 2004, p. 160-164. Zie ook Rb 's-Hertogenbosch Rb 's-Hertogenbosch 31 mei 2000, *LJN* AA6029, Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2001, *LJN* AD9519, HR 17 september 2002, *LJN* AE6118.

¹²⁰ Rb 's-Gravenhage 28 november 2001, *LJN* AD6285. Zie voor de zaak tegen de vader Rb 's-Gravenhage 18 september 2001, *LJN* AD4064 en vader Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2002, *LJN* AE9598.

¹²¹ Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2002, *LJN* AE9597. Ze werd tot zes jaar gevangenisstraf veroordeeld.

¹²² HR 14 oktober 2003, *LJN* AJ1457 (*NJ* 2005, 182, m.nt. Kn). Annotator Knigge gaat overigens niet in op de culturele context van de zaak. Knigge staat stil bij de motiveringsplicht van de rechter op grond van art. 359 lid 2 Sv. Zie voor de problemen van deze motiveringsplicht bij culturele delicten Siesling 2006, p. 77-79. Zie voor een recent voorbeeld hiervan HR 10 oktober 2006, *LJN* AX9216.

kan als de omstandigheden daartoe aanleiding geven volgens hem soms beter in een schulditsluitingsgrond worden gevat.¹²³

63. Een ander voorbeeld waarin de culturele achtergrond mede bepalend is voor het bewijs van medeplegen, is zogenaamde Zevenaarse bloedwraakzaak. Deze zaak kent verschillende aspecten, die hieronder nog aan bod komen.¹²⁴ De feiten zijn als volgt. Twee families hebben al jarenlang een vete, die enkele levens heeft gekost. Op een gegeven moment is een derde familie betrokken geraakt nu vermoed wordt dat een lid van die familie een huurmoordenaar heeft geleverd om een lid van één van de eerder-bedoelde families om te brengen. Deze derde familie woont in Zevenaar. Op acht april 2000 komt het tot een confrontatie tussen de familie uit Zevenaar en de familie van het vermoorde lid (afkomstig uit Velp). Resultaat: twee doden en enkele gewonden. In hoger beroep staan vier leden van de familie uit Zevenaar terecht voor onder andere medeplegen van doodslag.¹²⁵ Het hof acht medeplegen bewezen, nu ‘mede getet op de bestaande bloedvete’ kon worden vastgesteld dat de vier verdachten in bewuste, nauwe en volledige samenwerking aan de schietpartij hadden deelgenomen. Dat sprake was van bloedwraak en de kennis daaromtrent, draagt in zekere mate bij aan het bewijs van medeplegen doordat wordt aangenomen dat bloedwraak in familieverband plaatsvindt en tussen de daders een bewuste samenwerking bestaat.¹²⁶

64. Uit het voorgaande valt niet af te leiden dat het enkele bestaan van een cultureel delict tot bewijs van medeplegen leidt. Dat toont een vonnis van de rechtbank Dordrecht uit 2004.¹²⁷ Het betrof hier een eerwraaksituatie. Een getrouwde man en een uitgehuwelijkte vrouw hebben een relatie. Wanneer die wordt ontdekt, wordt door de familie van de vrouw beraad gehouden, waarin wordt beslist de man om het leven te brengen. De verdachte, de opa van de vrouw, wordt door het Openbaar Ministerie als initiator van de moord omschreven en vervolgd wegens medeplegen van moord. Hij moedigde een andere man aan de eerstgenoemde man om te brengen en belooft voor zijn kinderen te zorgen gedurende de tijd die hij in de gevangenis moet doorbrengen. Uit dit aanmoedigen leidt de rechtbank echter geen medeplegen af. ‘De daartoe vereiste bewuste, nauwe en volledige samenwerking tussen verdachte en [dader] bij de verwerkelijking van het te plegen feit ontbreekt. Niet is gebleken van enige betrokkenheid van de verdachte bij de aanschaf van het vuurwapen. Evenmin is gebleken dat de verdachte enige sturende danwel leidende rol heeft gehad bij de feitelijke uitvoeringshandelingen zoals bijvoorbeeld *modus operandi*, het tijdstip en de locatie.’ Van belang was dat de verdachte niet aanwezig was bij het feit, in tegenstelling tot de moeder in de eerstgenoemde casus, noch vastgesteld kon worden of de verdachte leidinggever was. De rechtbank stelt dat hij waarschijnlijk wel als medeplichtige kon worden veroordeeld, maar dat was niet ten laste gelegd.

2.3.3.4 Conclusie

65. Uit de weergave van deze casus kunnen twee zaken worden afgeleid. Ten eerste is de rechter bereid om in de uitleg van bestanddelen van de delictsomschrijving reke-

¹²³ Zie Wolswijk 2004, p. 260.

¹²⁴ Ik wees al op deze casus in hoofdstuk 1, nrs. 1 en 3. Zie ook nrs. 67, 73 in dit hoofdstuk.

¹²⁵ Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4024, Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4025, Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4026, Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4029.

¹²⁶ Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4024.

¹²⁷ Rb Dordrecht 24 juni 2004, *IJN* AP4401. Zie hoofdstuk 1, nrs. 1, 3.

ning te houden met de culturele achtergrond van de dader en het slachtoffer. Daarmee wordt de reikwijdte van de in de delictomschrijving tot uitdrukking komende norm opgerekt of beperkt. In het geval van schaking blijkt volgens de Advocaat-generaal dat de Hoge Raad een bestanddeel van schaking in strijd met de wetsgeschiedenis vrij beperkt heeft uitgelegd. Naast de algemene vraag welke interpretatievrijheid de rechter heeft, is ook de vraag in hoeverre de rechter bestanddelen van delictomschrijvingen zo mag uitleggen dat daardoor rekening wordt gehouden met verschillende cultureel geïnspireerde interpretaties van die bestanddelen. Maakt het voor de interpretatievrijheid van de rechter uit of hij de bestanddelen onder invloed van culturele verschillen kan verfijnen?

Ten tweede blijkt bij het bewijs van medeplegen dat de rechter niet afwijkt van de bestaande argumentatie om medeplegen te bewijzen. Rechters blijken in die argumentatie wel bereid om de culturele achtergrond als *startpunt* te gebruiken. In de Zevenaar-se zaak is dit het meest duidelijk, nu daarin de argumentatie begint met een verwijzing naar de bloedwraak. Die culturele achtergrond als startpunt maakt het mogelijk een verband tussen daders te creëren vanuit de in de argumentatie overigens niet geëxpliciteerde, maar volgens mij wel aanwezige, veronderstelling dat eerwraak en bloedwraak in gemeenschap met anderen worden gepleegd.¹²⁸ Die veronderstelling maakt het makkelijker de samenwerking tussen de medeplegers vast te stellen, in het geval van de zaak tegen de moeder van het vermoorde meisje ook wanneer zij niet veel meer heeft gedaan dan zich niet-distantiëren. Daarmee wordt, hoewel dit uit de verschillende casus niet blijkt, in zekere zin recht gedaan aan de opvattingen van veel Tweede Kamer-leden die bij eerwraak zoveel mogelijk betrokkenen berecht willen zien. De vraag is echter welke mate van betrokkenheid strafbaar kan zijn.¹²⁹ Uit de zaak tegen de moeder blijkt dat rechtbank en gerechtshof vrij makkelijk aanvaardden dat de moeder, door zich niet te distantiëren schuldig heeft gemaakt aan medeplegen. Hier wordt vrij eenvoudig een zekere collectieve aansprakelijkheid voor de dood van het meisje vastgesteld. Interessant is dat die collectieve verantwoordelijkheid mede in het licht van de culturele achtergrond van de casus wordt geconcipieerd. Tegelijkertijd wordt die achtergrond niet (expliciet) gebruikt, noch bij de beoordeling van medeplegen noch bij de behandeling van een beroep op een strafuitsluitingsgrond, om de door de raadsman opgeworpen vraag te beantwoorden of de vrouw uit vrije wil heeft gehandeld. De rechtbank gaat er vrij eenvoudig van uit dat de vrouw wel uit vrije wil handelde. Dat is op zichzelf niet vreemd, nu de vrije wil tot de fundamentele uitgangspunten van ons strafrecht behoort. Maar tegelijkertijd stelde de rechtbank dat na het vernemen van het verlies van maagdelijkheid en de onmogelijkheid van een huwelijk tussen het meisje en haar vriend, ‘verdachte en haar echtgenoot in hun visie niets anders [restte] dan hun dochter te doden.’ Hier lijkt een zekere onvermijdelijkheid te worden geaccepteerd: er was vanwege de culturele achtergrond geen andere keuze dan het meisje te doden. Toch wordt ervan uitgegaan dat de vrouw uit vrije wil handelde. De vraag is of er wel aansprakelijkheid kan zijn als wordt erkend dat men het onvermijdelijke moest

¹²⁸ De Haagse rechtbank stelde in de zaak tegen de moeder van het vermoorde meisje dat schending van de familie-eer door de *familie* moet worden opgelost. Zie Rb 's-Gravenhage 28 november 2001, LJN AD6285.

¹²⁹ Uit de Dordse zaak uit 2004 blijkt overigens dat de jurisprudentie niet eensluidend is. Het plegen van eerwraak betekent niet automatisch collectieve verantwoordelijkheid (medeplegen).

doen.¹³⁰ Deze problematiek komen we verderop bij de schulduitsluitingsgronden ook tegen.

2.3.4 *Rechtvaardigingsgronden en culturele achtergronden*

2.3.4.1 *Winti op Schiphol*

66. In de jurisprudentie zijn twee voorbeelden gevonden waarbij de culturele achtergrond van het feit een rol speelde bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond, meer in bijzonder noodweer (artikel 41 lid 1 Sr). Het eerste voorbeeld betreft een man die wordt vervolgd voor bedreiging van zijn nicht op Schiphol. Hij zou tegen haar 'ga weg anders steek ik je kapot' hebben gezegd, naar eigen zeggen omdat hij bang was voor haar. Hij moest zich verdedigen tegen een aanranding van zijn lijf, omdat zij hem anders met boze krachten zou hebben behekst. Zijn beroep op noodweer wordt echter niet gehonoreerd. De Hoge Raad meent dat er 'in redelijkheid' geen sprake was van noodweer. Wat met die redelijkheid wordt bedoeld, is onduidelijk. Annotator 't Hart vraagt zich af wiens redelijkheid als uitgangspunt moet worden genomen voor de beoordeling van noodweer. Naar zijn mening zal binnen het strafrecht voldoende ruimte moeten bestaan voor culturele verschillen. Dit betekent volgens hem dat onder omstandigheden de redelijkheid naar de maatstaven van een andere cultuur zou kunnen worden ingevuld. Slechts wanneer deze maatstaven in strijd zijn met de grondwaarden waarop het strafrecht rust, is dat anders.¹³¹ Redelijkheid kan mede worden afgeleid uit de opvattingen van de verdachte en de context waarbinnen hij meent dat zijn handelen gerechtvaardigd is.

2.3.4.2 *Bloedwraak in Zevenaar*

67. Van een contextueel ingevulde betekenis van redelijkheid was in de Zevenaarse zaak sprake. In eerste aanleg werden de verdachten tot hoge straffen veroordeeld,¹³² maar in hoger beroep konden twee van hen met succes een beroep op noodweer doen. Volgens de raadsman was daarvan sprake, omdat de verdachten waren overvallen door de komst van de leden van de rivaliserende familie. Gezien de al jaren slepende vete was er sprake van een dermate dreigende situatie dat de verdachten zich moesten verdedigen. Het Hof stelt vast dat er sprake is van bloedwraak en stelt dat gezien de 'ontwikkelingen rond voormelde bloedwraak en hetgeen over de achtergrond daarvan bekend is', 'aannemelijk' is 'dat de leden van de familie [I.] sinds de dood van [M.] [C.] [het eerste slachtoffer in de vete, JMtV] in 1994 letterlijk in doodsangst hebben geleefd en dat deze angst gerechtvaardigd was in het licht van hetgeen bekend is over de bloedvete.'¹³³ Hoewel het hof vervolgens de vereisten van noodweer langsloopt en op basis daarvan aangeeft, dat er sprake is van een 'ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding tegen het lijf' die 'geboden is door de noodzakelijke verdediging', valt op, dat

¹³⁰ Siesling (2006, p. 164) en Wiersinga (2001b, p. 14) wijzen er afzonderlijk op dat de erkenning van onvermijdelijkheid en toch uit vrije wil handelen ook bij het bewijs voorbedachte raad voorkomt. Ze wijzen op HR 1 februari 1977, NJ 1977, 563 waarin de dader voor moord wordt veroordeeld terwijl wordt erkend dat verdachte onder druk van zijn familie heeft gehandeld. Met Wolswijk kan worden gesteld dat ook hier een beroep op een schulduitsluitingsgrond eerder in de rede ligt.

¹³¹ HR 18 september 1989, NJ 1990, 291, m. nt. 't H. Zie over deze zaak en de relatie tussen magie en recht ook Vergouw 2000, p. 650 die een geslaagd beroep op noodweer i.c. 'wel erg ver' had gevonden.

¹³² Zie NRC Handelsblad 17 juli 2001, Algemeen Dagblad 18 juli 2001.

¹³³ Hof Arnhem 12 juni 2002, IJN AE4024, Hof Arnhem 12 juni 2002, IJN AE4029.

deze toets geplaatst wordt in het kader van de culturele achtergrond van het feit. Ook hier zien we dat de culturele achtergrond als startpunt wordt gebruikt.

Op het eerste gezicht kan, zoals door de meeste auteurs in commentaar op deze arresten wordt beweerde,¹³⁴ er wel van worden uitgegaan dat met dat startpunt verder niets is gedaan. Cultuur zou hier met andere woorden geen eindpunt zijn. Of dat zo is, weet ik niet geheel zeker. Immers, de vraag of er sprake was van noodweer wordt weliswaar behandeld aan de hand van de gebruikelijke interpretatie van de bestanddelen van artikel 41 lid 1 Sr, maar in tegenstelling tot ander commentaar vraag ik mij af of de wijze waarop de argumentatie is opgebouwd er niet toe zou kunnen leiden te denken dat de culturele achtergrond van het feit een belangrijker rol heeft gespeeld dan het hof wellicht voor ogen had. Voordat immers de voorwaarden van artikel 41 lid 1 Sr worden nagegaan, wordt als uitgangspunt genomen dat hier sprake is van bloedwraak en dat die bloedwraak gerechtvaardigde doodsangst bij verdachten heeft teweeggebracht. De beoordeling van noodweer, die volgt op dit uitgangspunt, is daardoor met andere woorden gekleurd.¹³⁵ Daarmee bedoel ik dat het gerechtshof bereid is om in zekere zin mee te gaan met de beleving van de verdachten, dat wil zeggen de vrees die zij hadden voor een gewapend treffen als gevolg van de bij hen bekende bloedwraak. Het meegaan met de beleving van de verdachten wordt op een bijzondere plaats getoond, namelijk voorafgaand aan de feitelijke beoordeling van noodweer op basis van de voorwaarden van artikel 41 lid 1 Sr.

Daardoor ontstaat bij mij de indruk dat de rechter de beoordeling van noodweer mede laat afhangen van de situatie waarin verdachten zich bevonden. Deze situatie wordt, zoals door het gerechtshof wordt erkend, in belangrijke mate bepaald door de angst die bij de verdachten leefde als gevolg van hun bekendheid met de bloedwraak. Daarbij moet worden opgemerkt dat het hof geen algemene maatstaven gebruikt hoe in het strafrecht met bloedwraak rekening moet worden gehouden. De beoordeling van het beroep op noodweer wordt voorafgegaan door de erkenning dat de bij de verdachten bestaande vrees voor wraakacties ingegeven was door hun bekendheid van bloedwraak. Die vrees, die door de culturele achtergrond van de verdachte te verklaren is, bracht hen ertoe op de komst van leden van de andere familie te reageren. Vanuit het besef dat de verdachten met deze culturele bagage hebben gehandeld, wordt vervolgens nagegaan of aan de vereisten van artikel 41 lid 1 Sr is voldaan. Hoewel de uiteindelijke beoordeling van noodweer dus op basis van de vereisten van artikel 41 lid 1 Sr plaatsvond, is mijns inziens wel de vraag of die behandeling mocht worden voorafgegaan door het plaatsen van het gedrag in een culturele context. Die vraag is vooral van belang doordat niet duidelijk wordt op welke gronden en in welke mate de culturele context van invloed mag zijn op een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Het hof heeft alleen aangegeven dat het rekening houdt met de vrees van verdachten en hun bekendheid met de bloedwraak, maar geeft niet aan waarom het dat doet. Wel

¹³⁴ In dit verband wijs ik op kritieken van Van den Heuvel (2005) en Jörg (2006) op een opinie over deze arresten van mijn hand uit 2005 (Ten Voorde 2005). Beide auteurs menen dat ik de arresten onjuist interpreteer en de beide uitspraken in de lijn van eerdere jurisprudentie kan worden gezien. Met beide auteurs ben ik van mening dat in deze arresten geen cultureel verweer wordt geïntroduceerd, dat een precedent vormt voor volgende strafzaken waar culturele achtergronden een rol spelen. De acceptatie van een cultureel verweer in deze arresten heb ik overigens in mijn opinie uit 2005 niet willen beweren. Wel meen ik dat dit arrest de in de hoofdstekst nog te stellen vraag oproept, die misschien rechtswetenschappelijk minder interessant lijkt te zijn (nu de beoordeling van culturele delicten op grond van hetzelfde recht wordt behandeld als andere delicten), maar filosofisch mijns inziens belangrijk is. Zie hoofdstuk 1, nrs. 30-31.

¹³⁵ Zie W. van Rossum 2006, p. 2469.

lijkt het erop dat de mate waarin rekening kan worden gehouden met de culturele context individueel bepaald is. Dat betekent dat voor toekomstige gevallen een vergelijkbare situatie als in de Zevenaarse zaak moet bestaan wil noodweer kunnen worden aangenomen. Tegelijkertijd is dat niet zeker. Die onzekerheid maakt het in het licht van de eventuele precedente werking gewenst om op deze problematiek nader in te gaan. Ik kom hierop in hoofdstuk 4 terug.

2.3.5 *Schulduitsluitingsgronden en culturele achtergronden*

68. Van de verschillende schulduitsluitingsgronden die in de wet en jurisprudentie zijn erkend, wordt bij culturele delicten een beroep gedaan op psychische overmacht (artikel 40 Sr). Ten eerste kan gewezen worden op het vonnis van de rechtbank Dordrecht uit 1979.¹³⁶ De rechtbank honoreerde in een eerwraakzaak een beroep op psychische overmacht niet. Ten eerste stelde zij dat ook allochtonen zich aan de wet moeten houden, ongeacht hun afkomst. Ten tweede achtte ze niet aannemelijk ‘dat verdachte als buitenlander hier te lande in zodanige – morele druk vanuit zijn eigen cultuur meebrengende – omstandigheden heeft verkeerd dat hij in (...) redelijkheid niet in staat zou zijn geweest ondanks het aangevoerde eigen beleven van de situatie met de bedoelde bepalingen rekening te houden en zich van de onderhavige gedraging te onthouden.’ Ten derde acht de rechtbank het gedrag disproportioneel. Tenslotte stelt ze dat moord in het land van herkomst strafbaar is en met hoge straffen wordt bedreigd.

Een tweede zaak betrof een Indiase vrouw die, ten einde haar eigen culturele en religieuze levensstijl te beschermen zich genoodzaakt voelde haar beschermer te doden. Ze beriep zich op psychische overmacht omdat ze bang was dat het slachtoffer haar ‘aan de Chinezen’ zou verkopen, wat ertoe zou leiden dat verdachte haar eigen levensstijl moest opgeven. Er was volgens haar een drang tot zelfbehoud, die zo sterk was dat zij daaraan in redelijkheid geen weerstand kon bieden. Volgens het gerechtshof kon niet worden ontkend, dat, ‘gelet op de [religieuze] en culturele achtergronden van de verdachte, begrijpelijk is dat zij bij het dreigement te worden verkocht aan Chinezen die over haar lichaam zouden beschikken, in de kern van haar levensovertuiging werd geraakt’ en dat aldus ‘met name haar spirituele en ethische levenswijze op het spel stond’. Daar tegenover stond het feit dat de verdachte in India een universitaire opleiding had gevolgd, veel levenservaring had en een vertrouwensrelatie had met het slachtoffer, waardoor aldus het hof ‘verdachte moet hebben ingezien dat wat zij deed *volstrekt ongeoorloofd* was en dat er andere wegen en middelen waren tot beveiliging van haar persoonlijke levenssfeer’. In cassatie stelt de Advocaat-generaal dat in het door het gerechtshof gebruikte woord ‘volstrekt’ ‘een afweging tussen belangen en waarden uit een vreemd cultuurpatroon en een binnen de Nederlandse rechtsorde geldende norm [besloten ligt], als die welke door requirante is geschonden, zonder meer leidt naar laatstgenoemde norm als de meest zwaarwegende.’ De Hoge Raad liet zich hier niet over uit, maar laat het arrest van het hof in stand, stellende dat de verdachte ‘niet in de noodzaak verkeerde hetzij haar eigen levensbelang hetzij het leven van mevrouw Van E. [het slachtoffer, JMtV] op te offeren.’¹³⁷ Van overmacht was dan ook geen sprake.

In een derde zaak staat een man terecht die een andere man om het leven had gebracht, nadat deze had geweigerd een aanbod naar Zweden te emigreren aan te nemen. De eer van de familie van de verdachte stond op het spel. De verdachte stelde ter

¹³⁶ Rb Dordrecht 12 januari 1979, NJ 1979, 214. Zie over deze zaak Knoops 1998, p. 255–262.

¹³⁷ HR 20 november 1979, NJ 1980, 129.

zitting onder druk te hebben gehandeld en beriep zich op psychische overmacht. Het hof stelde dat de verdachte in redelijkheid wel weerstand had kunnen bieden tegen de drang om de familie-eer te redden, nu hij in een eerder stadium het slachtoffer had aangeboden te emigreren. Het hof leidde hieruit af dat de verdachte zich meer moeite had moeten getroosten om tot een niet-gewelddadige oplossing te komen.¹³⁸ Een dergelijke toets zien we in recentere zaken terug komen. Daarbij wordt erkend, dat de verdachte onder druk stond, welke kon worden verklaard door diens culturele achtergrond (in alle gevallen gaat het om het beschermen van de familie-eer), maar dat die druk niet van dien aard was dat daartegen *in redelijkheid* geen weerstand kon worden geboden. Zeker nu in de betreffende gevallen een dodelijk slachtoffer te betreuren is, is het bieden van weerstand noodzakelijk.¹³⁹ Bij aanname van druk maar afwijzing van overmacht wordt aangegeven dat het gedrag te extreem was en daarom disproportioneel. In enkele gevallen zien we dat het beroep op psychische overmacht strandt, omdat van druk niet was gebleken.¹⁴⁰

69. In de hierboven (nr. 51) al genoemde Veghelse zaak beriep de schutter (Ali) zich op psychische overmacht, welk beroep door de rechtbank 's-Hertogenbosch niet wordt gehonoreerd.¹⁴¹ De rechtbank staat uitgebreid stil bij dit verweer. De verdachte stelt dat hij onder zware druk stond van zijn familie, Turkse cultuur en de Turkse gemeenschap. De rechtbank erkent dit. Tegelijkertijd is de rechtbank van oordeel, dat bij de verdachte geen vermindering van diens vrije wil was geconstateerd en hij op een normale wijze een zeker normbesef heeft geïnternaliseerd. Binnen dat normbesef geldt dat het doden van een ander onaanvaardbaar is. De rechtbank erkent daarbij dat naar Turkse maatstaven een moord omwille van de eer tot een lagere straf dient te leiden. Dit neemt niet weg, dat de druk en het verschil in opvattingen over de bescherming van de eer, niet tot psychische overmacht kan leiden. Ten eerste heeft de verdachte het 'meest absolute recht in onze rechtscultuur', namelijk het recht op leven, geschondden. Hoewel een eerschending bijzonder ernstig is, is het volgens de rechtbank noodzakelijk alternatieven te zoeken om de eer te herstellen. In de tweede plaats had de verdachte niet hoeven handelen zoals hij heeft gedaan. Hij had, omdat hij een psychisch normale jongen van zeventien was, kunnen weigeren toe te geven aan de druk die vooral door zijn vader op hem werd uitgeoefend. De rechtbank benadrukt hier nogmaals het belang van de vrije wil in het strafrecht, ook al erkent zij dat de verdachte onder druk van zijn cultuur moest handelen.

70. Wanneer we de verschillende uitspraken naast elkaar zetten valt op, dat in veel gevallen de rechter bereid is de culturele achtergrond als een pressiemiddel te zien waardoor de dader tot zijn strafbare feit is gekomen. Alleen in het vonnis van de rechtbank Dordrecht blijkt weinig inlevingsvermogen met de motieven van de verdachte. Opvallend is dat eerwraak in dit vonnis als een Turks probleem wordt gezien. Er wordt immers een vergelijking gemaakt met Turks recht. De vraag is of acceptatie van over-

¹³⁸ Hof Leeuwarden 19 juni 2000, *LJN* AD8362.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 605, Rb 's-Gravenhage 2 oktober 2001, *LJN* AD3929, Rb 's-Gravenhage 25 februari 2002, *LJN* AD9565, Rb 's-Gravenhage 25 februari 2002, *LJN* AD9567, Hof Leeuwarden, 5 november 2003, *LJN* AN7321, Rb Amsterdam 7 juli 2004, *LJN* AP8622.

¹⁴⁰ Zie Rb Groningen 28 januari 2003, *LJN* AF3426, Rb Groningen 28 januari 2003, *LJN* AF3437, Rb Groningen 17 juli 2003, *LJN* AH9935, Rb Leeuwarden 3 mei 2005, *LJN* AT4973.

¹⁴¹ Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *LJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

macht afhankelijk mag zijn van een vergelijking met het recht van het land van herkomst. Soms is het nationale recht niet wezenlijk verschillend van het Nederlandse recht maar wordt het culturele delict toch door een bepaalde groep aanvaard.¹⁴² Dan is het geen zaak naar het nationale recht te kijken, maar naar het groepsrecht. Een tweede aspect is de stellige opvatting van de Advocaat-generaal voor HR 20 november 1979, NJ 1980, 129 waarin aangegeven wordt dat bij botsing van normen altijd de Nederlandse normen voorrang verdienen, een stelling die indertijd onder andere werd gedeeld door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.¹⁴³ In hoeverre geldt deze stelling in een democratische rechtsstaat die ruimte moet zoeken voor burgerlijke vrijheden? Moet een democratische rechtsstaat dan de normen van de ontvangende samenleving voorop stellen of kan ruimte bestaan voor andere normen? Een derde aspect dat naar voren komt is de relatie tussen vrije wil en cultuur. In de Veghel-se zaak beweerde één van de deskundigen dat er wel sprake was van psychische overmacht, omdat de verdachte functioneerde op basis van collectivistische waarden, waarvan hij geen afstand kon doen en die zijn vrije wil totaal opzij zetten. De rechtbank ging hierin niet mee. Zij was niet overtuigd van de opvattingen van de deskundige. De vraag blijft of respect voor cultuur en erkenning dat iemand op basis van zijn cultuur handelt enerzijds en vrije wil anderzijds verenigbaar zijn.

2.3.6 *Strafmotivering en culturele achtergronden*

71. Bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden is de rechter gebonden aan een door de wetgever vastgestelde en in de jurisprudentie uitgewerkt kader, op basis waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van bijvoorbeeld noodweer. Bij de vaststelling van de straf staat het de rechter in principe vrij zijn argumenten te kiezen. Daarin bestaat dus ruimte om ook culturele achtergronden mee te wegen.¹⁴⁴ De naar chronologie behandelde jurisprudentie geeft hier ook blijk van.

72. In de eerste plaats kan gewezen worden op een zaak waarin een man veroordeeld wordt voor moord, die op basis van een eermotief is gepleegd. Zijn raadsman had beargumenteerd dat, gelet op het ‘karakter van de eerwraak’, zijn culturele achtergrond in diens voordeel moest worden meegewogen. De rechtbank ging hiermee akkoord en veroordeelde de man tot een lage gevangenisstraf. In hoger beroep en in cassatie wordt de culturele achtergrond niet meer aan de orde gesteld.¹⁴⁵ Of daaruit mag worden afgeleid, dat de culturele achtergrond een strafverminderingsgrond is, blijft dus onduidelijk.

Duidelijker is het hof Arnhem in een eerwraakzaak uit het midden van de jaren tachtig. Het hof veroordeelde de verdachte tot acht jaar gevangenisstraf waarbij in de

¹⁴² In Turkije bestaat vanaf de jaren negentig steeds meer kritiek op eerwraak (zie Van Eck 2001b). Onder druk van de eventuele toetreding van Turkije tot de Europese Unie heeft Turkije zijn wetboek van strafrecht aangepast waarin de regeling dat de eerwraakpleger slechts eenachtste van de maximale straf zou krijgen is geschrapt. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de praktijk van eerwraak in Turkije ten einde is. Net als bij meisjesbesnijdenis geldt ook hier dat een eeuwenoude traditie niet door een simpele pennenstreek op stel en sprong zal verdwijnen. Dat geldt ook voor de in Nederland woonachtige Turken waarvan wordt gezegd dat zij zich soms strakker aan bepaalde normen houden. Zie Phalet, Van Lotringen en Entzinger 2000.

¹⁴³ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1979, p. xxxi.

¹⁴⁴ Zoals ook in de jurisprudentie weleens wordt erkend. Zie Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, *LJN* AU4636, Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, *LJN* AU4638, waarin de rechtbank aangeeft dat het ‘terdege rekenschap’ heeft genomen van de culturele achtergrond van de verdachte.

¹⁴⁵ HR 1 februari 1977, *NJ* 1977, 563.

strafmaatmotivering de culturele achtergrond in strafverminderende zin werd meegewogen. De straf was echter conform de eis van het Openbaar Ministerie, hetgeen bij de raadsman de vraag opwierp waaruit de verzachtende omstandigheid bleek. De Hoge Raad doet hierover geen principiële uitspraak. De AG wijst erop dat de verdachte veroordeeld is voor moord en dat daar maximaal levenslange gevangenisstraf voor kan worden opgelegd. Acht jaar gevangenisstraf is in verhouding dan een vrij lage straf.¹⁴⁶

Ook in recentere jaren is de culturele achtergrond van de dader als strafverzachtend argument gebruikt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit zaken waarin was vast komen te staan dat de verdachte onder druk heeft gehandeld, maar die druk niet voldoende was om psychische overmacht aan te nemen. De rechter past het gegeven dat onder druk is gehandeld echter toe op de strafmaatmotivering en ziet hierin een grond voor strafvermindering. De rechter erkent hiermee dat de verdachte door de op hem uitgeoefende druk niet op gelijke wijze bestraft hoeft te worden als een verdachte die niet onder druk handelde.¹⁴⁷

73. Aan het eind van de vorige en vooral in de eerste jaren van deze eeuw zien we een kentering optreden. De culturele achtergrond van de verdachte wordt niet langer in diens voordeel meegewogen. Een voorbeeld is een vonnis van de rechtbank Dordrecht uit 1999. In deze zaak staat een man terecht die zijn vrouw in het bijzijn van hun kinderen heeft gedood. Het eermotief wordt de verdachte zwaar aangerekend. Gevoelens van eerkrenking kunnen volgens de rechtbank ‘in de Nederlandse samenleving op geen enkele wijze een rechtvaardiging vormen voor de toepassing van geweld en/of het ontnemen van een leven.’¹⁴⁸ In hoger beroep herhaalt het hof dit standpunt in nagenoeg dezelfde bewoordingen.¹⁴⁹ Dit is de aanzet voor een andere kijk op de culturele achtergrond in de strafmaatmotivering. Een keerpunt is het vonnis van de rechtbank in de Veghelse zaak. De rechtbank stelt ten aanzien van de hoogte van de straf het volgende: ‘De vraag is niet of de aanwezigheid van een eerwraak-motief moet leiden tot een zwaardere of lichtere straf dan wanneer een dergelijk, cultureel bepaald motief niet aanwezig is, maar of dat eerwraak-motief en de daarmee verband houdende factoren’ in de strafzaak tot de overweging moet leiden dat met die factoren in voor verdachte positieve zin rekening moet worden gehouden.¹⁵⁰ In casu waren de aard van het geval en de persoon van de dader volgens de rechtbank richtinggevend voor de hoogte van de strafmaat. Dat leidde ertoe dat de culturele achtergrond in strafverminderende zin werd meegewogen.

De stelregel van de Bossche rechtbank in de Veghelse zaak biedt ook ruimte cultuur als *strafverzwarende* omstandigheid mee te wegen. Een aantal argumenten zijn daarvoor bepalend. In een vonnis van de rechtbank Haarlem valt bijvoorbeeld te lezen dat een hoge straf als ‘signaal naar de samenleving’ dat kwesties waar de eer van de familie op het spel staat niet door delicten met dodelijke afloop mogen worden beslecht. De straf dient in dit verband een generaal preventief doel.¹⁵¹ Een tweede argument is

¹⁴⁶ Zie HR 15 april 1986, NJ 1986, 741. Zie over deze zaak ook Siesling 2006, p. 258–259.

¹⁴⁷ Hof Leeuwarden 22 januari 2000, LJN AD8362, Rb ’s-Hertogenbosch 13 februari 2001, LJN AA9954 (NJ 2001, 130), Rb ’s-Gravenhage 2 oktober 2001, LJN AD3929, Rb ’s-Gravenhage 25 februari 2002, LJN AD9565, Rb ’s-Gravenhage 25 februari 2002, LJN LJN AD9567, Rb Amsterdam 7 juli 2004, LJN AP8622.

¹⁴⁸ Rb Dordrecht 20 december 1999, LJN AA4019.

¹⁴⁹ Hof ’s-Gravenhage 21 april 2000, LJN AD9578.

¹⁵⁰ Rb ’s-Hertogenbosch 13 februari 2001, LJN AA9954 (NJ 2001, 130).

¹⁵¹ Rb Haarlem 9 mei 2001, LJN AB1503. Zie ook Hof Arnhem 5 september 2002, LJN AE7332,

dat sommige culturele delicten een vorm van eigenrichting zijn, die ‘binnen de Nederlandse samenleving volstrekt onacceptabel’ zijn.¹⁵² Deze opvatting werd gebruikt in de enige strafmaatmotivering in de Zevenaarse bloedwraakzaak. De verdachte werd ontslagen van alle rechtsvervolgning wegens noodweer, maar wel veroordeeld voor verboden wapenbezit. Het hof Arnhem nam de gelegenheid te baat zich zeer negatief over bloedwraak uit te laten. Een derde argument heeft betrekking op het slachtoffer. In een aantal gevallen was een vrouw slachtoffer, omdat zij de familie-eer had geschonden door naar eigen inzichten haar leven in te richten. Het om het leven brengen van een vrouw om deze redenen wordt de verdachte vaak zwaar aangerekend. Eerwraak impliceert ‘een miskenning van het (in ieder geval in Nederland bestaande) recht van de vrouw om haar leven in te richten op de wijze die zij zelf verkiest.’¹⁵³ Een vierde argument is dat verdachten lange tijd in Nederland verblijven en toch hun (gewelddadige) tradities blijven volhouden.¹⁵⁴ Hier wordt enkel naar de duur van het verblijf als zodanig gekeken zonder overige omstandigheden mee te wegen. Die duur was voor de rechtbank voldoende reden om tot een lange gevangenisstraf te veroordelen. Overigens betekent een kort verblijf in Nederland niet dat in positieve zin met cultuur rekening wordt gehouden. In een zaak tegen een Koerdische asielzoeker die zijn vrouw om het leven had gebracht, stelde de rechtbank Dordrecht dat dergelijk gedrag ‘het aanzien van asielzoekers schaadt’.¹⁵⁵

Uiteindelijk vallen deze argumenten samen in één overweging, namelijk dat de verdachte door het gepleegde feit de rechtsorde in ernstige mate heeft geschokt. Ook al denkt de verdachte te handelen conform de normen van zijn cultuur, de meeste rechters zijn niet geneigd deze achtergrond in positieve zin mee te wegen. In verschillende gevallen blijkt cultuur een duidelijk argument ten nadele, in sommige gevallen is de rechter minder duidelijk,¹⁵⁶ maar blijkt wel dat de culturele achtergrond niet in het voordeel, dat wil zeggen als argument voor strafvermindering, van de verdachte wordt meegewogen.

2.3.7 Conclusie

74. Samenvattend kunnen een drietal lijnen worden getrokken. In de eerste plaats is de verhouding tussen vreemde normen en de bepaling van wederrechtelijkheid. In de beide arresten over noodweer zagen we dat de rechter bereid is de culturele achtergrond van het feit mee te wegen in het honoreren van het beroep op noodweer. De vraag is hoeveel ruimte voor culturele diversiteit mogelijk is. Noodweer is weliswaar een vorm van eigenrichting, het geweldsmonopolie van de staat brengt met zich dat eigenrichting beperkt moet worden uitgelegd. Dat geldt ook voor leden van minderheidsgroepen. Tegelijkertijd is het niet onmogelijk met culturele verschillen rekening te houden. Uit de Zevenaarse zaak ontstaat de indruk dat de rechter de beoordeling

Hof Arnhem 5 september 2002, *LJN* AE7333, Hof Arnhem 5 september 2002, *LJN* AE7334, Rb Utrecht 23 maart 2006, *LJN* AV7352.

¹⁵² Hof Arnhem 12 juni 2002, *LJN* AE4029. Zie ook Rb Middelburg 15 oktober 2003, *LJN* AL9045, Hof Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AT8835.

¹⁵³ Rb Arnhem 11 november 2005, *LJN* AU5991. Zie ook Rb Dordrecht 24 juni 2004, *LJN* AP4470, Hof 's-Gravenhage 23 juni 2005, *LJN* AU0180, Hof 's-Gravenhage 23 juni 2005, *LJN* AU0180, Hof Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AT8835.

¹⁵⁴ Rb Dordrecht 24 juni 2004, *LJN* AP1791.

¹⁵⁵ Rb Dordrecht 21 oktober 2003, *LJN* AM2493. Anders: Rb Amsterdam 7 juli 2004, *LJN* AP8622.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Rb Leeuwarden 3 mei 2005, *LJN* AT4973 en de in noot 144 genoemde vonnissen.

van noodweer mede laat afhangen van de door de verdachte op basis van zijn cultuur omschreven vrees. Het plaatsen van de gedraging in de culturele context, voorafgaand aan de beoordeling van noodweer, roept de vraag op of die beoordeling mocht worden voorafgegaan door het plaatsen van het gedrag in deze context.

In de tweede plaats komt in de besproken strafzaken soms de vraag naar voren wat de verhouding is tussen cultuur en wilsvrijheid. In een aantal einduitspraken bestaat een spanning tussen enerzijds het volgen van cultuur en daaruit voortvloeiende normen en anderzijds het straffrechtelijke uitgangspunt van de wilsvrijheid. Het volgen van culturele normen zet wilsvrijheid onder druk. Handelt iemand die zijn cultuur volgt op basis van zijn vrije wil en zo ja, wat is als wordt vastgehouden aan de vrije wil, de verhouding tussen hem en zijn cultuur?

Bezien we ten derde de strafmaatmotiveringen, dan tonen recente ontwikkelingen aan dat daarin een scherpe afkeuring van culturele delicten dominant aan het worden is. In deze motivering wordt in scherpere woorden bekrachtigd dat het feit wederrechtelijk is. De motivering begint vaak met het standpunt dat de rechtsorde ernstig is geschokt. Hoezeer dat gezien de aard van de feiten, moord, doodslag, soms in het bijzijn van kinderen, logisch lijkt, doet ze ook eenzijdig aan. Begrip voor de dader lijkt niet meer aanwezig, begrip voor de culturele diversiteit van de samenleving evenmin. Daardoor kan de gedachte ontstaan dat cultuur wordt gezien als 'stok om de hond te slaan'.¹⁵⁷ Net als bij de ontwikkelingen op het terrein van wetgeving en beleid lijkt de afwijzing van een bepaald cultureel gebruik niet enkel betrekking te hebben op dat gebruik. Het gaat erom met grote nadruk te wijzen op de problematische implicaties van de multiculturele samenleving en die met harde hand te bestrijden. De vraag is wat daarmee bereikt moet worden. Rechters wijzen wel op de noodzaak van generale preventie maar wat zij daar precies mee bedoelen blijft onduidelijk. Als gevolg daarvan is ook de vraag of de zware straffen die worden opgelegd wel de oplossing zijn, met andere woorden of hoge straffen ook echt een generaal preventieve werking hebben.

Door vooral vanuit het perspectief van generale preventie en aanvullend daarop bescherming van het slachtoffer te denken wordt ten eerste de positie van de verdachte anders ingevuld. Hij moet bestraffing ondergaan nu hij zich tegen de regels van de samenleving heeft verzet en de regels van de groep voorrang verleende. Hem moet duidelijk worden gemaakt dat hij zich aan de regels van de samenleving heeft te houden. Houdt hij zich aan de regels van de groep van waaruit hij afkomstig is, dan verdient hij zware straf. Het is echter de vraag of het straffrecht tot taak heeft mensen in een bepaald keurslijf te dwingen dat ertoe leidt dat zij afstand moeten nemen van meer dan uitsluitend strafbaar gestelde gedragingen, zoals eerwraak. Mag assimilatie in een democratische rechtsstaat ertoe leiden dat groepen burgers de voor hun functioneren belangrijke achtergrond gedwongen worden op te geven en zo ja binnen welke grenzen is zij toegestaan?

2.4 Culturele delicten in juridisch-dogmatische analyses over materieel straffrecht

2.4.1 *Inleiding*

75. Rechtswetenschappelijk onderzoek bestaat uit verschillende typen onderzoek. Het behelst juridisch-empirisch, juridisch-dogmatisch en normatief-juridisch onderzoek.

¹⁵⁷ Wiersinga 1993, p. 545.

Juridisch-empirisch onderzoek is onderzoek dat is verricht in paragraaf 2.2 en 2.3 op grond waarvan inzicht is verschaft in wetgevingsactiviteiten en rechtspraak. Juridisch-dogmatisch onderzoek wordt gevormd door een analyse van bijvoorbeeld leerstukken van materieel strafrecht en het kunnen plaatsen van een bepaalde problematiek in de wijze waarop wetgever, rechtspraak en rechtswetenschap die leerstukken hebben uiteengezet. Dit type onderzoek wordt in deze paragraaf behandeld. Normatief-juridisch onderzoek is rechtstheoretisch onderzoek waarbij het niet zozeer gaat om het bevragen van specifieke leerstukken, maar om het beschrijven en duiden van algemene lijnen op grond waarvan wordt aangegeven hoe een bepaald probleem het recht, waarbij niet alleen moet worden gedacht aan de wet maar ook aan het recht in het algemeen, raakt en welke mogelijkheden vanuit de rechtstheorie worden aangedragen om dit probleem te duiden en te voorzien van algemene antwoorden. In paragraaf 2.5 zal ik aangeven hoe vanuit rechtstheoretisch perspectief naar de onderhavige problematiek wordt gekeken. Dit laatste perspectief vormt de overgang naar het rechtsfilosofische perspectief waarop ik in het volgende deel de nadruk leg. In deze paragraaf zal ik de juridisch-dogmatische discussies over culturele delicten in het materiële strafrecht weergeven en qua opbouw aansluiten bij de vorige paragraaf. Dat kan verklaard worden door de nauwe verbondenheid tussen het juridisch-empirische onderzoek en het juridisch-dogmatische onderzoek. Toch meen ik beide typen onderzoek te moeten scheiden, omdat de juridisch-dogmatische discussies verder gaan dan de rechtspraak.

2.4.2 *Culturele achtergronden en het bewijs van opzet*

76. Uit de jurisprudentie blijkt dat de discussie betrekking heeft op de interpretatie van bestanddelen van delictsomscripties en medeplegen (nrs. 62-64). In de literatuur wordt tevens gewezen op de relatie tussen opzet en de culturele achtergrond van de verdachte. Voor het bewijs van opzet is inzicht in de persoon van de verdachte van belang. In de praktijk blijkt echter dat van dat inzicht in de persoon van de dader veelal geen sprake is. Dat kan worden verklaard door de aard van het bewijzen van opzet. Opzet behelst namelijk niet zozeer een empirisch, maar een normatief oordeel.¹⁵⁸ De rechter dient wel inzicht in de persoon van de dader te krijgen,¹⁵⁹ maar hoeveel moeite hij moet doen om ook daadwerkelijk inzicht te krijgen in de persoon van de dader wisselt per auteur. Uit de jurisprudentie blijkt dat de psyche van de verdachte in beperkte mate wordt meegewogen in het bewijs van opzet. Opzet wordt veelal bewezen door de gedraging te bezien in de 'situationele context' waarin de handeling plaatsvindt, niet op basis van de capaciteiten en eigenschappen van de verdachte.¹⁶⁰ Het gebruik van de situationele context betekent dat de rechter opzet bewijst op basis van wat in de samenleving 'normaal' of 'normconform' is. Nieboer spreekt in dit verband van een 'normaliteitssyllogisme'.¹⁶¹ Indien een gedraging door een willekeurig normaal mens wordt gepleegd, dan heeft een normaal mens opzettelijk gehandeld. Ervan uitgaande dat ook de verdachte een normaal mens is, heeft ook de verdachte opzettelijk gehandeld. Critici¹⁶² stellen dat met deze wijze van opzetvaststelling de rechter bij allochtone plegers van culturele delicten geen kennis hoeft te nemen van de culturele

¹⁵⁸ De Hullu 2006, 196. Zie ook Kelk 2005, p. 172-173.

¹⁵⁹ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 197.

¹⁶⁰ De situationele context wordt in de recente jurisprudentie over (voorwaardelijk) opzet omschreven als 'uiterlijke verschijningsvorm'. Zie HR 23 maart 2003, NJ 2003, 552. Zie hierover D.H. de Jong 2004.

¹⁶¹ Nieboer 1978, p. 7.

¹⁶² Zie in algemene zin o.a. Bos 1982, Groenhuijsen 1989.

achtergrond van de verdachte. Daarbij is volgens critici eveneens een probleem dat het normaliteitssyllogisme uitgaat dat normaal handelen voor iedereen in de samenleving hetzelfde betekent. Dat betekent dat ervan wordt uitgegaan dat normen uniform zijn en de samenleving dus cultureel homogeen. De gedachte dat elke normale mens op een bepaalde manier handelt, geldt misschien voor een cultureel homogene samenleving, maar niet in een multiculturele samenleving.¹⁶³ Wat normaal is, is cultureel bepaald. Dat draagt er aan bij dat voor de vaststelling van opzet het normaliteitssyllogisme niet voldoende is. Er zal ook naar de persoon van de dader en diens persoonlijke capaciteiten moeten worden gekeken om opzet te kunnen bewijzen.¹⁶⁴

77. Opzet behoort tot de subjectieve zijde van het strafbare feit.¹⁶⁵ Daaronder wordt verstaan dat voor het bewijs van een strafbaar feit (opzetdelicten zijn altijd misdrijven) ook naar de individuele aansprakelijkheid van de dader moet worden gekeken. Daaruit volgt dat de strafwet niemand aanspreekt die uit vrije wil heeft gehandeld. Heeft iemand niet uit vrije wil gehandeld, dan is bestraffing niet mogelijk. De vrije wil die bij het bewijs van opzet aan de orde komt is een beperkte. Zij heeft namelijk alleen betrekking op het bewijs van de onder het opzet vallende bestanddelen van de delictsomschrijving.¹⁶⁶ Die beperking brengt met zich dat onder omstandigheden de handeling die wel (opzettelijk) is gericht op het vervullen van bestanddelen van een delictsomschrijving, toch niet *verwijtbaar* is, omdat een schulduitsluitingsgrond aannemelijk is. Het effect van deze situatie, de aanwezigheid van het opzettelijk (willens en wetens) handelen staat aan straffeloosheid wegens het ontbreken van de vrije wil (verwijtbaarheid) niet in de weg. Daaruit volgt een relativering van de hierboven beschreven bezwaren tegen een al te normatieve uitleg van opzet. Indien bij een beroep op de schulduitsluitingsgronden nog voldoende mogelijkheden zijn om rekening te houden met de persoon van de dader, niveleert dit de bezwaren tegen een vrij snelle bewijsbaarheid van het opzet. Er wordt dan als het ware een balans gevonden. Dat betekent dat de uiteindelijke vaststelling van schuld, waarbij inzicht moet worden verkregen in de persoon van de dader, in de derde vraag van artikel 350 Sv gelegen is. Daar zal dan, ter compensatie van een al te normatieve invulling van opzet, recht moeten worden gedaan aan het uitgangspunt dat het strafrecht ook schuldstrafrecht is.¹⁶⁷

2.4.3 Culturele achtergronden en de rechtvaardigingsgronden

2.4.3.1 Overmacht in de zin van noodtoestand

78. Bij de tweede vraag van artikel 350 Sv komen de rechtvaardigingsgronden aan bod. De relevante rechtvaardigingsgronden zijn: a) overmacht in de zin van noodtoestand (artikel 40 Sr), b) noodweer (artikel 41 lid 1 Sr) en c) de ongeschreven rechtvaardigingsgrond ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.

¹⁶³ Zie F. de Jong 2004, p. 709-710.

¹⁶⁴ Zie F. de Jong 2004, p. 706-708.

¹⁶⁵ Zie De Hullu 2006, p. 195.

¹⁶⁶ Zie Kelk 2005, p. 199-201.

¹⁶⁷ Voor de volledigheid merk ik op dat schuld ook bestanddeel kan zijn (culpa). Schuld als bestanddeel wijst op onachtzaamheid (zie bijv. art. 307 lid 1 Sr). Zij heeft als bijzonderheid dat hierin zowel wederrechtelijkheid als verwijtbaarheid besloten liggen. Ik zal hierover verder niet uitweiden. Het gevolg hiervan is dat bij een beroep op een schulduitsluitingsgrond dit verweer bij de eerste vraag van art. 350 Sv wordt behandeld. Zie over culpa De Hullu 2006, p. 243-257, Kelk 2005, p. 205-221.

79. Ad a) Overmacht in de zin van noodtoestand is een rechtvaardigingsgrond die uit de wettekst van artikel 40 Sr kan worden afgeleid. Zij is in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen en is als zodanig ook een aantal keren aanvaard. Kern is het bestaan van een acute nood die het gevolg is van een conflict van plichten. Bij noodtoestand is sprake van een weloverwogen keuze van de dader, die zich 'in een moeilijk parket bevond, omdat hij, zou hij het plegen van het delict hebben nagelaten, grote veel zwaarder wegende belangen (...) had laten gaan.'¹⁶⁸ De dader denkt dat hij een hoger doel moet dienen en daarom gerechtvaardigd is de strafwet te overtreden. Om noodtoestand aan te tonen moet zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit,¹⁶⁹ hetgeen bij elke strafuitsluitingsgrond het geval is. De proportionaliteitseis betekent dat de dader een zorgvuldige afweging van belangen moet maken. De subsidiariteitseis betekent dat de dader blijkt heeft gegeven van het zoeken naar alternatieven om zich aan het belangenconflict te onttrekken, maar geen andere keus had dan de strafwet te overtreden. De keuze die de dader heeft gemaakt, moet tenslotte *redelijk* zijn geweest.¹⁷⁰ De proportionaliteits- en subsidiariteitstoets wordt bij overmacht in de zin van noodtoestand ook beoordeeld aan de hand van het adequatievereiste: het strafbare feit moet minstens een zinnige bijdrage aan het beoogde doel hebben geleverd.¹⁷¹

80. Vertaald naar een door een allochtone dader gepleegd cultureel delict moet aanmerkelijk worden dat de culturele norm die de dader wenste te volgen hoger is dan de norm die in de strafwet is omschreven. In dit verband heeft Wolswijk erop gewezen dat de stelling dat cultuur een hoger belang vertegenwoordigt, kan worden afgeleid uit artikel 27 IVBPR.¹⁷² Deze bepaling heeft tot doel bescherming te bieden aan personen die in een bepaalde staat hun cultuur willen beleven. De vraag is of de reikwijdte van deze bepaling zo is, dat in een conflict van belangen het recht op cultuur voorop staat. Noch in de jurisprudentie, noch in de literatuur wordt dit in het algemeen aangenomen.¹⁷³ Van belang is dat artikel 27 IVBPR op zich wel ruimte biedt in het strafrecht aanpassingen te bewerkstelligen om de cultuur van allochtonen te beschermen, mits 'zij stabiele gemeenschappen vormen die opvallende karakteristieken hebben die zij willen voortzetten.'¹⁷⁴ Tevens geeft artikel 27 IVBPR staten een positieve verplichting waar nodig het strafrecht cultureel gevoeliger te maken, dat wil zeggen bepalingen te schrappen die allochtonen belemmeren hun eigen culturele achtergrond te beleven.¹⁷⁵ Of artikel 27 bij een conflict van belangen, namelijk het naleven van de strafwet versus het volgen van de eigen culturele norm, ertoe leidt dat het volgen van de culturele norm voorop staat, is de vraag.

Zoals gezegd blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter bij een conflict van belangen ervan uitgaat dat de bepaling, net als andere mensenrechten, begrensd kan worden en dat bij overtreding van de strafwet de culturele norm geen voorrang verdient.¹⁷⁶ Dat zou slechts anders zijn indien de wetgever heeft aangegeven dat ten aanzien van een

¹⁶⁸ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 300.

¹⁶⁹ Zie Kelk 2005, p. 278.

¹⁷⁰ Zie De Hullu 2006, p. 283.

¹⁷¹ Zie De Hullu 2006, p. 290.

¹⁷² Zie Wolswijk 2004, p. 261-262, Renteln 2004, p. 194.

¹⁷³ Zie bijv. HR 3 maart 1987, NJ 1988, 7.

¹⁷⁴ '...they constitute stable communities that have distinct characteristics which they wish to preserve.' (Donders 2002, p. 170).

¹⁷⁵ Zie Thornberry 1991, p. 169.

¹⁷⁶ HR 3 maart 1987, NJ 1988, 7, HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 679.

conflict van belangen de culturele normen voorrang verdienen. Dit hebben we reeds gezien bij de jurisprudentie omtrent gewetensbezwaren (nrs. 19-21) In de literatuur wordt het gebruik van artikel 27 in het strafrecht afgewezen. Strijbosch stelt: '(e)lke justitiabele zou als lid van enigerlei subgroep zo'n verweer op zijn of haar delinquente handelen kunnen terugvoeren.' Erkenning van een dergelijk 'cultureel verweer' leidt volgens Strijbosch niet tot respect voor andere culturen, maar tot anarchie.¹⁷⁷ Elke gedraging zou door de verdachte een cultureel delict kunnen worden genoemd, waardoor hij automatisch zou moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Zelfs het links rijden in het verkeer zou dan als uiting van een culturele norm kunnen worden gezien en onbestraft moeten blijven. Wolswijk, die ook op toepassing van artikel 27 wijst, stelt dat er dan van wordt uitgegaan dat het belang om naar culturele normen te handelen altijd groter is dan het belang de strafwet na te leven. Dat gaat hem te ver. 'Het valt niet eenvoudig in te zien waarom een belang zwaarder moet wegen dan het door de strafbepaling beschermde belang, alléén omdat het om een 'cultureel gedragen' belang gaat.'¹⁷⁸ Met andere woorden, een verdachte kan wel een beroep doen op zijn culturele achtergrond en op basis daarvan stellen dat hij uit nood heeft gehandeld, maar moet daarmee niet verwachten dat zijn handelen straffeloos is.

2.4.3.2 *Noodweer(exces)*

81. Ad b) Noodweer heb ik reeds bij de jurisprudentie behandeld, maar over noodweer kunnen nog een aantal opmerkingen worden gemaakt die in de jurisprudentie niet aan de orde zijn gekomen. De zaken waarin een beroep op noodweer werd gedaan betroffen telkens een vermeende aanranding tegen het lijf. In artikel 41 lid 1 Sr staat dat noodweer ook mogelijk is bij een aanranding tegen de eerbaarheid. Eerbaarheid heeft een beperkte betekenis, namelijk seksuele eerbaarheid. Sinds 1917 is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat eerbaarheid geen betrekking heeft op familie- of persoonlijke eer.¹⁷⁹

Ook belediging, of discriminerend handelen, wordt niet als een aanranding van de eerbaarheid gezien.¹⁸⁰ Over dat laatste wordt onder andere door Wormhoudt anders gedacht. Hij stelt zelfs dat sommige agressieve beledigingen niet alleen als aantasting van de eerbaarheid zijn, maar ook van het lijf (de beledigde partij moet namelijk na zo'n belediging – in het Turks 'agir sızler' genoemd – vrezen voor zijn leven, waardoor sprake kan zijn van een bedreiging in de zin van artikel 285 lid 1 Sr). Wormhoudt stelt dat in een dergelijke situatie sprake is van een wederrechtelijke aanranding van het lijf waartegen iemand zich mag verdedigen. Een beroep op noodweer, mits is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zou na een reactie op een belediging volgens Wormhoudt succesvol moeten zijn.¹⁸¹ Wolswijk wijst er in een reactie terecht op, dat in geval van noodweer de reactie van de beledigde partij onmiddellijk moet volgen op de belediging.¹⁸² Voor noodweer moet immers sprake zijn van een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

82. Hoe wordt een beroep op noodweer getoetst? In de doctrine worden drie methoden onderscheiden, de objectieve toets, de geobjectiveerde toets ex nunc en de subjec-

¹⁷⁷ Strijbosch 1991, p. 671.

¹⁷⁸ Wolswijk 2004, p. 262. Zie ook Bloemink 1998, p. 59.

¹⁷⁹ HR 8 januari 1917, *NJ* 1917, p. 175 e.v.

¹⁸⁰ Zie De Hullu 2006, p. 300.

¹⁸¹ Wormhoudt 1986b, p. 333, W. Huisman 1995, p. 83.

¹⁸² Wolswijk 2004, p. 264.

tieve toets ex tunc. Met de objectieve toets beoordeelt de rechter de gedraging van de verdachte vanuit een los van de perceptie van de verdachte omschreven perspectief en de na het delict gebleken omstandigheden. Aan de hand van deze toets wordt met de feiten achteraf bekeken of het handelen van de verdachte gerechtvaardigd is. Daarbij wordt de positie waarin de verdachte zich op het moment van zijn handelen bevond niet in de beoordeling betrokken. Diens inschatting van de situatie doet met andere woorden niet ter zake. In de geobjectiveerde toets ex nunc wordt het gedrag van de verdachte beoordeeld vanuit de 'objectieve waarnemer die alle op het moment van handelen waarneembare omstandigheden in zijn beoordeling betreft'.¹⁸³ Hier wordt het perspectief van de verdachte wel betrokken. Het gaat er dan om vast te stellen of het gedrag van de verdachte normaal was, dat wil zeggen of ieder ander in dezelfde situatie hetzelfde zou hebben gedaan. Indien kan worden vastgesteld dat de verdachte heeft gehandeld als ieder ander, is dat een reden om een beroep op noodweer te honoreren. De subjectieve toets ex tunc beoordeelt een beroep op noodweer vanuit het perspectief van de verdachte. Hier wordt niet gekeken of het gedrag in zijn algemeenheid normaal is, dat wil zeggen gedrag dat door ieder ander zou worden gepleegd, maar wordt uitsluitend gekeken naar de persoon van de dader en persoonlijke omstandigheden waaronder het gedrag werd gepleegd. Uit de hierboven genoemde zaak over noodweer op Schiphol blijkt dat een subjectieve toets in ieder geval niet wordt toegepast (nr. 66). Ook een volledig objectieve toets wordt niet gebruikt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de Zevenaarse zaak waarin de cultureel bepaalde omstandigheden van het geval hebben bijgedragen aan het honoren van het beroep op noodweer. Wolswijk stelt dat hier sprake was van een oordeel waarbij de achtergrond van de gedraging en de persoon van de dader een rol spelen.¹⁸⁴

In de literatuur over noodweer wordt aangegeven dat de geobjectiveerde toets ex nunc plaatsvindt aan de hand van een zogeheten *criteriumfiguur*.¹⁸⁵ Ik heb hierboven aangegeven dat bij de geobjectiveerde toets ex nunc het gedrag wordt beoordeeld in het licht van wat ieder ander in dezelfde situatie zou hebben gedaan. Ieder ander is een vrij algemene categorie waardoor de gedachte kan ontstaan dat de criteriumfiguur de gemiddelde mens in de straat is.¹⁸⁶ De gemiddelde mens in de straat is een van zijn culturele, religieuze en politieke overtuiging, zelfs van gender ontdaan fictief persoon die aan de hand van een denkexperiment de vraag wordt gesteld wat hij in de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan. Dat oordeel is een oordeel waarin de religieuze, culturele en politieke overtuiging alsmede zijn sekse niet van invloed zijn. In de literatuur lijkt deze positie door Maris te worden omarmd, nu deze in het recht de culturele achtergrond nauwelijks een plaats toekent,¹⁸⁷ door strafrechtjuristen wordt onder verwijzing naar jurisprudentie aangegeven dat de criteriumfiguur moet worden gezien als tweelingbroer (of -zus), die het gedrag van de verdachte beoordeelt vanuit dezelfde contingente achtergrond. Die achtergrond speelt dus wel een rol bij de beoordeling

¹⁸³ De Hullu 2006, p. 312-313.

¹⁸⁴ Wolswijk 2004, p. 264. Zie ook W. van Rossum 2006, p. 2469-2470.

¹⁸⁵ Zie De Hullu 2006, p. 312. Zie ook Machielse 1986, p. 667-669.

¹⁸⁶ Ook wel de 'man in de Clapham omnibus' genoemd (Devlin 1965, p. 15). Opvallend is overigens dat de beoordeling van noodweer op basis hiervan niet enkel afhankelijk is van de aard van de gedraging, maar ook de persoon van de verdachte. De ernst van het feit is blijkbaar geen afdoende grondslag om noodweer al dan niet toe te kennen. Uiteindelijk bepaalt het perspectief op de persoon van de verdachte welk gedrag wel en niet rechtvaardig is. Zie Machielse 1986, p. 499-501. Zie ook hoofdstuk 4, nr. 204.

¹⁸⁷ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709.

van noodweer, zij het in beperkte mate. De bepaling van noodweer vindt uiteindelijk plaats via een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. Daarin worden de persoon van de verdachte en diens achtergrond weliswaar betrokken, maar wordt naar algemene maatstaven, dat wil zeggen algemene geldende normen welke verdediging acceptabel is, bepaald of er sprake is van noodweer. De rechter is geen gedragsdeskundige maar moet een oordeel vellen over een gedraging die juridisch is genormeerd. De persoon van de verdachte moet in dat oordeel wel worden betrokken, maar niet zodanig dat het beroep op noodweer volledig vanuit het perspectief van de verdachte en bijvoorbeeld diens culturele achtergrond kan worden beoordeeld.¹⁸⁸

Deze gedeeltelijke objectivering wordt noodzakelijk geacht omdat de rechtsorde aan de ene kant niet is gediend met bestraffing van iemand die zich rechtmatig verdedigt. Aan de andere kant wordt van iedere burger verwacht dat hij zich aan de wet houdt en het geweldsmonopolie van de staat respecteert. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, namelijk als voor iedereen duidelijk is dat de verdachte zich tegen een aanranding moest verdedigen, kan noodweer geaccepteerd worden. De vraag is echter hoe subjectief de tweelingbroer moet worden opgevat. Moeten we niet spreken van een ‘verstandige’ tweelingbroer die zijn culturele achtergrond wel betreft in zijn oordeel, maar dat niet van die achtergrond laat afhangen? Mogen we van een pleger van een cultureel delict geen belangenafweging eisen tussen het volgen van culturele normen en het respecteren van de hier te lande geldende maatstaven? En zo ja, op basis waarvan mogen we die eisen stellen? In de jurisprudentie wordt gesproken van een ‘redelijkheidstoets’ maar onduidelijk is wat daarmee wordt bedoeld en welke ruimte voor culturele verschillen in die toets mogelijk is. Uit de doctrine is ook geen duidelijkheid af te leiden. Voor de rechtspraak is dit echter wel een belangrijke vraag, nu de keus hier is: strafbaarheid of straffeloosheid.

83. In de situatie dat een beroep op noodweer wordt gedaan in de veronderstelling dat er ook familie-er betekent, wordt onmiddellijk gereageerd op een belediging die wellicht grievend is, maar niet wederrechtelijk. De reactie die op die belediging volgt en is gebaseerd op een verkeerde veronderstelling van de reikwijdte van noodweer, kan worden geschaard onder putatief noodweer. Dit is een vorm van dwaling en daarmee een schulduitsluitingsgrond. Politoff en Koopmans geven in dit verband aan begrip te kunnen opbrengen voor de rechter die een dergelijk beroep op putatief noodweer aanvaardt.¹⁸⁹ Voor zover mij bekend, is dat in de praktijk tot nu toe nog nooit voorgekomen. Wolswijk stelt dat putatief noodweer niet snel zal kunnen worden aangenomen, omdat de dader ‘deze (verkeerde) voorstelling [van noodweer, JMtV] redelijkerwijs niet [had] kunnen maken.’¹⁹⁰ Van iedere burger mag namelijk worden verwacht dat hij zich in kennis stelt van het hier geldende recht.

84. Tenslotte moet worden opgemerkt dat een buitenproportionele verdediging niet altijd tot strafbaarheid leidt. Wanneer de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschreden zijn, maar de verdachte als gevolg van de aanranding in een hevige ge-

¹⁸⁸ Zie De Hullu 2006, p. 312. Machiels (1986, p. 683-684) spreekt in dit verband van een redelijkheidstoets. Het gaat er volgens hem om vast te stellen wat van een individuele verdachte, gegeven de omstandigheden, kon worden gevergd. De Hoge Raad heeft zich bij die redelijkheidstoets aangesloten in het al eerder behandelde arrest Winti op Schiphol (HR 18 september 1989, NJ 1990, 291, m. nt. 't H).

¹⁸⁹ Politoff en F.A.J. Koopmans 1991, p. 162.

¹⁹⁰ Wolswijk 2004, p. 265, noot 52.

moedsbeweging raakt en als gevolg daarvan buitenproportioneel reageert, is een beroep op noodweerexces mogelijk (artikel 41 lid 2 Sr). Ook dit is een schulditsluitingsgrond.¹⁹¹ Zij kan alleen worden ingeroepen als sprake is van een noodweersituatie, dat wil zeggen een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding tegen lijf, eerbaarheid of goed. Bij noodweerexces gaat het daarbij niet alleen om de invulling van de noodweerbestanddelen, maar ook om de betekenis van de 'hevige gemoedsbeweging'. Van een hevige gemoedsbeweging is sprake als de dader als gevolg van de noodweersituatie zo opgefokt is geraakt, dat hij zich niet meer kon beheersen en daardoor disproportioneel handelde. Wraakzucht en vijandschap, dat laatste is bij bloedwraak nogal eens het geval, worden echter niet als hevige gemoedsbeweging gezien en leveren geen noodweerexces op. De gedachte is dat wraakzucht en vijandschap al eerder hebben bestaan, namelijk vóór de noodweersituatie. Dat zou er veeleer toe moeten leiden dat bij een confrontatie terughoudendheid is geboden. De verdachte heeft in een situatie van vijandschap tot taak de confrontatie te vermijden en als die zich aandient afhoudend te reageren. Maar wanneer men nu in angst leeft voor een confrontatie, zoals bij bloedwraak, en men vreest voor het leven, dan zou volgens mij een verdediging die het leven van de aanrander kost gerechtvaardigd kunnen zijn. Dat blijkt uit de Zevenaarse zaak.¹⁹² Maar kan men zich ook indenken dat wanneer de verdediging toch disproportioneel is, men de angst – die met vijandschap verbonden kan zijn – aanvoert om te spreken van een hevige gemoedsbeweging? De vraag is dan of de door culturele achtergronden verklaarde angst als gevolg van vijandschap van invloed mag zijn op de betekenis van de hevige gemoedsbeweging. In de literatuur of jurisprudentie is die vraag tot nu toe nog niet beantwoord. Bij noodweerexces geldt tenslotte dat er een korte tijd tussen de aanranding en de reactie in een hevige gemoedsbeweging moet bestaan.¹⁹³ Verkrachting van een meisje, waardoor de eer van de familie is geschonden, en waarop enige tijd later wordt gereageerd met de dood van de verkrachter, zal derhalve niet kunnen leiden tot een geslaagd beroep op noodweer(exces).¹⁹⁴

2.4.3.3 *Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid*

85. Ad c) Tenslotte wordt een enkele keer gewezen op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als mogelijkheid om met culturele verschillen rekening te houden.¹⁹⁵ Deze ongeschreven rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen in het geval sprake is van een conflict van plichten, waarbij de dader meende, dat zijn normen belangrijker zijn dan de normen die in de strafwet zijn neergelegd. Een belangrijk verschil met noodtoestand is dat hier geen sprake is van acute nood, maar van een vaak weloverwogen beslissing de strafwet te overtreden om het belang van de eigen norm te benadrukken. Soms kan die norm in overeenstemming zijn met het doel dat de strafbepaling die de verdachte heeft overtreden diende, maar in andere gevallen kan er ook sprake zijn van een situatie waarin het doel dat de verdachte dient verschilt met dat van de geschonden norm.

Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kan in potentie veel ruimte bieden om met culturele verschillen rekening te houden. Kern van het leerstuk is dat wederrechtelijkheid een ruime betekenis heeft, namelijk 'in strijd met het recht'.¹⁹⁶ Daar-

¹⁹¹ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 267.

¹⁹² Zie Wolswijk 2004, p. 264.

¹⁹³ Zie De Hullu 2006, p. 307-309.

¹⁹⁴ Zie Wolswijk 2004, p. 264.

¹⁹⁵ Zie Bloemink 1998, p. 56.

¹⁹⁶ Zie Nieboer 1991, p. 258. Overigens geldt dit voor alle rechtvaardigingsgronden.

onder vallen ook andere (geaccepteerde) sociale normen.¹⁹⁷ Elk gedrag dat uitdrukking is van dergelijke sociale normen, is niet wederrechtelijk. Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid is bedoeld om de rechter erop te wijzen dat hij niet alleen naar de betekenis van de wet moet kijken. Hij moet nagaan of het gedrag van de verdachte tot geaccepteerde sociale normen behoort.¹⁹⁸ Een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid betekent dan ook, meer dan een beroep op enige andere rechtvaardigingsgrond, dat aangegeven wordt dat de norm op basis waarvan is gehandeld niet onder het bereik van de strafwet valt. Met aanvaarding van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wordt 'een concretisering van de norm [gegeven], die in de strafbepaling besloten ligt.'¹⁹⁹ Deze concretisering heeft als grens dat de nieuwe norm wel 'behoorlijk' is en dus door iedereen aanvaardbaar.²⁰⁰ Wanneer daarvan sprake is en hoe dat vastgesteld kan worden, is onduidelijk. Wel duidelijk is dat het individualiseerbare aspect van rechtvaardigingsgronden, bij noodtoestand en noodweer gaat het om een individuele acute nood of verdedigingssituatie, hier wordt verlaten. Inroepen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid heeft een 'collectief' karakter: de verdachte stelt niet zozeer dat *zijn* gedrag, maar de *norm* van de groep waaruit hij afkomstig is rechtvaardig is. Hij stelt zich op het standpunt dat de betekenis van de rechtsnorm moet worden veranderd vanwege 'veranderende maatschappelijke opvattingen'.²⁰¹ Het inroepen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid ontstijgt dan ook het strafrecht en is een politiek statement, waarbij de rechtzaak gebruikt wordt als publieke arena om de discussie over de rechten voor een bepaalde groep of een bepaalde set normen kracht bij te zetten. Een verdachte ziet zichzelf hier als spreekbuis voor de groep en is bereid het offer voor de goede zaak te dragen.

86. Om het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid te honoreren moet allereerst worden vastgesteld dat de gedraging hetzelfde doel diende als de wet beoogt te beschermen. Meisjesbesnijdenis moet met andere woorden hetzelfde doel dienen als het doel van de strafbaarstelling van mishandeling. Indien hiervan geen sprake is, is aanvaarding van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid uitgesloten.²⁰² Bij meisjesbesnijdenis is dat nogal evident, nu het doel dat meisjesbesnijdenis dient (huwbaarheid van meisjes, anderen zeggen onderdrukking van meisjes en vrouwen), een ander doel is dan mishandeling beoogt te beschermen (integriteit van het lichaam). Dit is bij meerdere culturele delicten het geval. Daarbij geldt ook dat de dader niet handelt in overeenstemming met algemeen (althans tenminste door een meerderheid van de bevolking of belanghebbend deel daarvan) aanvaarde veranderingen in maatschappelijke opvattingen, maar uitsluitend ter bevestiging van de eigen normen. Die normen zijn veelal niet algemeen aanvaard. Daaruit volgt evenwel dat de ruimte voor het inroepen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid alleen mogelijk is bij veranderende opvattingen die door de dominante meerderheidscultuur worden omarmd. Daarvan zal in veel gevallen geen sprake zijn, met als gevolg dat een andere uitleg van de inhoud van de strafrechtelijke norm nooit onder invloed van andere dan de dominante cultuur kan plaatsvinden.

¹⁹⁷ Zie Kelk 2005, p.150.

¹⁹⁸ Zie Schaffmeister en Heijder 1983, p. 465.

¹⁹⁹ Schaffmeister en Heijder 1983, p. 467.

²⁰⁰ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 175.

²⁰¹ Schaffmeister en Heijder 1983, p. 467-468.

²⁰² Zie De Hullu 2006, p. 334-336. Zie ook Bloemink 1998, p. 56.

Dit zou enkel anders zijn als erkend wordt dat ook een ander doel hoger kan zijn dan het doel dat de strafwet dient. Maris noemt een dergelijke opvatting relativistisch, nu daarmee de gelijkwaardigheid van culturen wordt benadrukt en de dominante positie van de meerderheidscultuur wordt ontkend. Dit betekent dat ‘morele waarden verschillen per cultuur, er is geen bovenculturele maatstaf om culturele verschillen te beslechten, dus moet men culturele verschillen respecteren.’²⁰³ Een dergelijke opvatting gaat ervan uit, dat de vaststelling van wederrechtelijkheid bij culturele delicten alleen mogelijk is op basis van de culturele achtergrond van de verdachte. De reikwijdte van de delictsomschrijving moet dan worden aangepast aan de sociale normen van de groep waartoe de verdachte behoort. Het gevolg is dat delictsomschrijvingen per groep een andere interpretatie krijgen. Dit is een vooral hypothetische gedachte, nu mij geen auteur bekend is die een dergelijke opvatting omarmt.²⁰⁴ Dit neemt niet weg dat zij als hypothese wel interessant is. Kunnen sociale normen (zoals normen van migranten) invloed hebben op de betekenis en de omvang van delictsomschrijvingen en zo ja, hoever kan relativisering van deze delictsomschrijvingen gaan? Waar dient de grens worden gesteld?

2.4.4 Culturele achtergronden en de schulditsluitingsgronden

2.4.4.1 Ontoerekenbaarheid

87. In de literatuur worden verschillende schulditsluitingsgronden erkend, namelijk ontoerekenbaarheid (ook bekend als ontoerekeningsvatbaarheid), psychische overmacht, noodweerexces, en afwezigheid van alle schuld. In deze paragraaf zal ik op drie schulditsluitingsgronden ingaan, te beginnen met a) ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr), b) psychische overmacht en c) afwezigheid van alle schuld of avas.²⁰⁵

88. Voor ontoerekenbaarheid moet sprake zijn van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis aan de geestvermogens ten tijde van het begaan van een delict. Die kan onmiddellijk voorafgaand aan het delict zijn ontstaan (bijvoorbeeld een psychose als gevolg van druggebruik), maar ook uiting zijn van een langer bestaand ziektebeeld. Zo wordt bezetenheid van boze krachten gezien als een voorbeeld van een ziekelijke stoornis.²⁰⁶ De meeste auteurs stellen dat terzake van culturele delicten het inroepen van ontoerekenbaarheid onverstandig en onwenselijk is vanwege het bestanddeel ‘gebrekkige ontwikkeling’. De idee kan ontstaan dat het volgen van een culturele norm uiting is van een gebrekkige ontwikkeling, anders gezegd: een gebrek aan beschaving. Tevens kan de verdachte het idee krijgen, als ‘gek’ te worden bestempeld, wat – doordat dit oordeel nauw met cultuur is verbonden – zich kan uitstrekken tot alle groeps-genoten.²⁰⁷

²⁰³ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709. Zie ook Galenkamp 2002b, p. 185.

²⁰⁴ Zie Wormhoudt 1986b, p. 330-331, Bloemink 1998, p. 56.

²⁰⁵ Op noodweerexces ben ik hierboven al ingegaan (nr. 84), nu deze schulditsluitingsgrond nauw met de rechtvaardigingsgrond noodweer samenhangt.

²⁰⁶ Zie Wormhoudt 1986b, p. 335, id. 1991, p. 110, Pengel 1991, p. 109. Anders Van Wetering 2003, p. 90.

²⁰⁷ Zie Bloemink 1998, p. 55-56. In de rechtspraak lijkt de suggestie te worden gewekt dat culturele achtergronden reden kunnen zijn om ontoerekenbaarheid uit te spreken. Nu deze achtergrond naast andere factoren wordt meegewogen, zoals verstandelijke ontwikkeling, is het te onzeker te stellen dat het volgen van cultuur leidt tot ontoerekenbaarheid. Zie Rb Leeuwarden 12 juni 2001, LJN AB2062.

Als gevolg van deze bezwaren is ontoerekenbaarheid geen geschikte schuld-uitsluitingsgrond voor plegers van culturele delicten. Daarbij geldt ook dat de betekenis van het concept ontoerekenbaarheid en ziekelijke stoornis verband houden met een op westerse leest geschoeide psychiatrie, waarin niet altijd rekening wordt gehouden met culturele verschillen. Wil ontoerekenbaarheid gebruikt kunnen worden, dan zal daarbij eerst onderzoek moeten worden gedaan naar de culturele bepaaldheid van psychiatrische concepten alvorens deze te kunnen toepassen op allochtone daders. Een dergelijk onderzoek houdt echter niet alleen verband met culturele delicten, zodat zij hier verder buiten beschouwing wordt gelaten.²⁰⁸ In dit onderzoek ga ik ervan uit dat de meeste plegers van culturele delicten geen psychisch gebrek kennen en een beroep op ontoerekenbaarheid daarom niet in de rede ligt.

2.4.4.2 *Psychische overmacht*

89. Psychische overmacht (artikel 40 Sr) is de tweede variant van overmacht, naast overmacht in de zin van noodtoestand. Psychische overmacht wordt omschreven als een tijdelijke vorm van ontoerekenbaarheid die niet door de geestesgesteldheid van de dader, maar door externe, soms ook interne, omstandigheden kan worden veroorzaakt. Psychische overmacht wordt aanwezig geacht indien er een van meestal buiten komende drang is waaraan de dader *in redelijkheid* geen weerstand had kunnen bieden.²⁰⁹ Van psychische overmacht kan sprake zijn indien de dader zich in een situatie bevond waardoor het plegen van een strafbaar feit in redelijkheid de enige mogelijkheid was. Daarmee wordt niet alleen duidelijk gemaakt dat de beoordeling van psychische overmacht niet alleen betrekking heeft op een hevige gemoedsbeweging, maar ook dat die gemoedsbeweging moet worden getoetst aan de omstandigheden waaronder de gedraging werd gepleegd. Voor de beoordeling van psychische overmacht is sprake van een psychische *en* een normatieve toets.²¹⁰

De *psychische* toets betreft de vaststelling van de druk waartegen de verdachte meende geen weerstand te kunnen bieden. De verdachte zal aangeven dat hij onder de gegeven omstandigheden niet anders kon dan het feit te plegen. Deze drang kan worden versterkt door ‘aansporingen, verzoeken, opdrachten of dreigementen door de gemeenschap’ jegens de dader. Deze reacties vanuit de gemeenschap zijn volgens Strijbosch vaak cultureel bepaald.²¹¹ Zij zijn volgens Knoops een aanwijzing om van druk te spreken. Deskundigen hebben hier een belangrijke rol in het vaststellen van de druk. Of er sprake is van druk zal volgens Knoops moeten worden vastgesteld aan de hand van de persoonlijkheid van de verdachte en diens positie in de gemeenschap.²¹²

Bij de *normatieve* toets moet worden nagegaan of de druk waaronder de verdachte zegt te zijn bezweken ook een gemiddelde mens tot verdachtes gedrag zou hebben gebracht. Is het met andere woorden de norm dat men onder de gegeven druk bezwijkt? Deze norm wordt beoordeeld aan de hand van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Uitgangspunt is dat iedere burger een zekere weerstand moet bieden

²⁰⁸ Zie Komen 2001, Komen 2003. Overigens moet worden erkend dat over transculturele psychiatrie de nodige discussie bestaat. Echter, de problematiek van de rol van deskundigen is – zo erken ik – weliswaar nauw verbonden met materieel strafrecht, maar vooral een formeelstrafrechtelijk probleem. Dit valt buiten het bereik van dit onderzoek. Zie over culturele expertise o.a. Wiersinga 2005, Siesling 2006.

²⁰⁹ Zie De Hullu 2006, p. 283.

²¹⁰ Zie De Hullu 2006, p. 283.

²¹¹ Strijbosch 2001, p. 885.

²¹² Knoops 1998, p. 258, 270.

tegen een op hem uitgeoefende druk. 'Iedere gemeenschap verlangt gehoorzaamheid aan haar wetten, ook als dat voor een burger moeilijk is of nadelen meebrengt. Wie dus in het gedrang komt, mag zich daaruit maar niet redden door de wetten te overtreden en de beschermde belangen van anderen te kwetsen.'²¹³ Maar in uitzonderlijke gevallen kan het gedrag in *redelijkheid* niet aan de verdachte worden toegerekend als gevolg van de op hem uitgeoefende (culturele) druk. Redelijkheid heeft met andere woorden twee kanten. Enerzijds objectieveert zij het oordeel van psychische overmacht, anderzijds maakt ze het mogelijk ook inzicht te verschaffen in de achtergrond van de verdachte.

90. De vraag is in hoeverre de culturele achtergrond van de gedraging en de persoon van de verdachte een rol mogen spelen in de bepaling van het beroep op psychische overmacht. De meningen over de verhouding tussen de subjectieve en objectieve toets zijn verdeeld. *Knoops*, die vanuit zijn professe als advocaat vooral het perspectief van de verdachte verdedigt, neigt sterk naar een duidelijk subjectieve beoordeling van psychische overmacht. Voor de vaststelling van de proportionaliteit en redelijkheid staat het perspectief van de verdachte centraal. In relatie tot culturele delicten stelt hij dat de proportionaliteit en subsidiariteit moeten worden vastgesteld op basis van wat de verdachte op basis van zijn normen redelijk acht.²¹⁴ In hoeverre voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moet 'afhankelijk van de persoon van de verdachte' worden beoordeeld. Als op basis van verdachtes normencomplex kan worden bepaald dat hij weerstand had moeten bieden, zal een beroep op psychische overmacht niet slagen.²¹⁵ De rechter dient met behulp van deskundigen te bepalen op welke wijze de cultureel bepaalde normen de verdachte in het onderhavige geval hebben beïnvloed, hoe die beïnvloeding van de verdachte door zijn cultuur in het normale geval tot uitdrukking komt en wat het belang is van verdachtes gedraging in zijn cultuur. Meent de deskundige dat het normencomplex het gedrag toelaat, dan dient de rechter te oordelen dat de onder druk gegeven reactie redelijk was en kan de verdachte niet worden veroordeeld.

Strijbosch meent dat de invloed van cultuur niet zo groot is dat het enkele feit dat men op basis van cultuur heeft gehandeld in redelijkheid geen andere gedraging mogelijk maakt. Het handelen op basis van culturele normen leidt niet onvermijdelijk tot bepaalde gevolgen, als ware er sprake van noodlot. Voor dergelijk handelen kan worden gekozen en het kan dus ook achterwege worden gelaten.²¹⁶ Dit is volgens *Strijbosch* in ieder geval de interpretatie van de Bossche rechtbank in de Veghelse zaak toen de rechtbank de opvatting dat Ali uitsluitend de collectivistische waarden van de familie moest volgen naast zich neerlegde. Met deze positie wil *Strijbosch* antropologische kennis in het debat over cultuur toevoegen. Indirect uit hij kritiek op de wijze waarop *Knoops* cultuur opvat, namelijk als een onvermijdelijke set normen waarnaar men zich behoort te gedragen en waarvan men geen afstand kan doen. *Strijbosch* probeert aan te geven dat cultuur veel complexer is en dat de beoordeling van druk en de

²¹³ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 298.

²¹⁴ *Knoops* 1998, p. 259.

²¹⁵ *Knoops* 1998, p. 262.

²¹⁶ *Strijbosch* 2001, p. 889. Zie ook Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1711 die meent dat een beroep op psychische overmacht bij culturele delicten bij volwassenen nooit kan worden gehonoreerd omdat zij altijd de vrije wil hebben te besluiten aan de druk weerstand te bieden. Bij minderjarigen kan Maris zich voorstellen psychische overmacht te accepteren, zij het in beperkte mate.

redelijkheid van het geen weerstand kunnen bieden met een beter besef van de betekenis van cultuur gepaard moet gaan.

Bloemink gaat nog verder. Uitgangspunt is volgens haar, maar ook volgens bijvoorbeeld *Wolswijk*, dat de beoordeling van proportionaliteit en subsidiariteit een normatieve toets is, waarin de culturele achtergrond slechts in beperkte mate een rol kan spelen.²¹⁷ Psychische overmacht is volgens *Bloemink* een juridische term, geen antropologische of psychologische, die op basis van juridische argumentatie moet worden vastgesteld. Daarbij moet niet worden gekeken naar de invloed van cultuur op het handelen van de verdachte, maar moet worden nagegaan wat in zijn algemeenheid redelijk is, met andere woorden wat van een burger in Nederland mag worden verwacht.²¹⁸

2.4.4.3 *Afwezigheid van alle schuld*

91. De laatste categorie schulduitsluitingsgronden kan worden gerubriceerd onder de term afwezigheid van alle schuld, in jargon *avas* genoemd. *Avas* is een ongeschreven schulduitsluitingsgrond die duidelijk maakt, dat een dader altijd een verwijt moet kunnen worden gemaakt van het door hem gepleegde feit. Daarvan is geen sprake in geval van verontschuldigbare feitelijke of rechtsdwaling. Verschillende auteurs die *avas* noemen richten zich op rechtsdwaling,²¹⁹ dat wil zeggen een verontschuldigbare vergissing in de betekenis van het recht of in de aanwezigheid van op de specifieke situatie betrekking hebbende rechtsregels.²²⁰ *Zeegers* stelt bijvoorbeeld dat allochtonen geen schuld aan het plegen van strafbare feiten kunnen hebben nu zij zich niet ‘gebonden’ voelen aan het Nederlandse recht. De ‘gewelddadigheden en andere overtredingen van de Nederlandse wetten hangen soms samen met hun geheel andere levenspatroon’, die *Zeegers* verontschuldigbaar vindt. Men kan het immers niet helpen in dat andere cultuurpatroon te zijn opgevoed.²²¹ Een dergelijke opvatting is door andere auteurs niet overgenomen. Immers, een beperkt aantal personen – zij die net het land zijn binnengekomen en nog onvoldoende weet hebben van het hier te lande geldende recht – zal op deze vorm van dwaling een beroep kunnen doen, maar daarmee is nog niet gezegd hoe groot die groep is, hoelang iemand een beroep kan doen op rechtsdwaling en in hoeverre aanvaardbaar is dat daardoor ernstige strafbare feiten onbestraft kunnen blijven.²²² *Wormhoudt* meent dat een dergelijke opvatting te algemeen is. ‘Wanneer het gaat om gedragingen, die in de meeste samenlevingen (waaronder het land van herkomst van de allochtoon) onaanvaardbaar zijn en/of de betrokkene geruime tijd in onze cultuur verkeert, zal een beroep op *avas* op grond van dwaling ten aanzien van het recht waarschijnlijk ongegrond worden verklaard.’²²³ Deze opvatting vindt zijn steun in de in het algemeen erkende beperkte mogelijkheden om met succes een beroep op rechtsdwaling doen. Bovenal geldt dat de burger een inspanningsverplichting heeft om kennis te nemen van de regelgeving. Op het moment dat men *verschoonbaar* dwaalt tijdens zo’n inspanning, ligt rechtsdwaling in de rede.²²⁴ In het algemeen geldt dat wanneer men zich in het maatschappelijke verkeer begeeft, men zich

²¹⁷ *Wolswijk* 2004, p. 262.

²¹⁸ *Bloemink* 1998, p. 59.

²¹⁹ Zie bijvoorbeeld *Wolswijk* 2004, p. 263.

²²⁰ Zie *De Hullu* 2006, p. 345–348.

²²¹ *Zeegers* 1980, p. 129.

²²² Zie *Bloemink* 1998, p. 56.

²²³ *Wormhoudt* 1986b, p. 335. Zie ook *W. Huisman* 1995, p. 85.

²²⁴ Zie *De Hullu* 2006, p. 347.

moet vergewissen van de regels. Dit geldt ook voor immigranten die zich hier tijdelijk of permanent vestigen.

2.4.5 *Culturele achtergronden en de strafmaatmotivering*

2.4.5.1 *Inleiding*

92. Het laatste onderdeel van deze paragraaf heeft betrekking op de vraag op welke wijze in de bepaling van de sanctie (straf of maatregel) rekening kan worden gehouden met de culturele achtergrond van daad en dader. Kenmerkend voor het Nederlandse strafrecht is daarin de vrijheid die de rechter heeft in de bepaling van de hoogte van de straf. Naast het voor het betreffende delict geldende strafmaximum kent het strafrecht alleen een absoluut strafminimum van één dag gevangenisstraf (artikel 10 lid 2 Sr) of een geldboete van drie euro (artikel 23 lid 2 Sr). Deze vrijheid wordt uitdrukkelijk erkend in artikel 359 lid 6 Sv, waarin wordt bepaald dat de rechter zijn keuze voor een bepaalde sanctiemodaliteit en/of -hoogte van de straf moet motiveren en in het vonnis ‘zoveel mogelijk de omstandigheden’ worden aangegeven ‘waarop bij de vaststelling van de straf is gelet.’ Op grond hiervan staat het de rechter vrij culturele achtergronden in de strafmaat te betrekken.

Daarmee is niet gezegd, dat cultuur altijd in strafverlagende zin wordt meegewogen, zoals ik hiervoor aan de hand van de jurisprudentie liet zien (nr. 73). In de literatuur wordt al langere tijd het vermoeden geuit, dat rechters zwaarder straffen als ‘cultuur’ een rol speelt.²²⁵ Ook onder advocaten bestaat een dergelijk vermoeden, zoals een citaat dat Siesling optekende illustreert: ‘Als je cultuur aanvoert, heb je zo een jaar extra’.²²⁶ Ik heb eerder aangegeven, dat dit vermoeden tot een aantal jaren geleden niet uit de gepubliceerde rechtspraak kon worden afgeleid,²²⁷ maar de laatste tijd lijkt de neiging om cultuur als strafverzwarend argument te gebruiken de overhand te krijgen. Zeker in 2005 zijn bij mijn weten geen gepubliceerde uitspraken te vinden waarin cultuur als strafverlichtend argument wordt gebruikt.

2.4.5.2 *De richtlijn van Boksem en Kromdijk*

93. Een belangrijke verklaring voor het feit, dat de culturele achtergrond van de dader op verschillende wijzen kan worden gebruikt is gelegen in de vrijheid die de rechter tot zijn beschikking heeft om deze achtergrond in de strafmaatmotivering te betrekken. Die vrijheid kan tot situaties leiden dat cultuur wordt gebruikt als ‘stok om de hond te slaan’. Immers, als rechters nergens aan gebonden worden kunnen zij uitspraken doen over die cultuur, die nadelig zijn voor de verdachte. Dit heeft de advocaten Boksem en Kromdijk ertoe gebracht een richtlijn op te stellen die rechters kunnen toepassen wanneer zij met culturele delicten worden geconfronteerd en de culturele achtergrond in hun motivering willen verwerken. Voorop gesteld zij dat Boksem en Kromdijk ervan uit gaan dat de straf altijd lager moet zijn als de gedraging cultureel bepaald is. Dat is tegenwoordig niet meer vanzelfsprekend. Toch is het interessant de visie van Boksem en Kromdijk weer te geven omdat zij als enigen een specifieke richtlijn hebben opgesteld en inzicht geven in een aantal volgens hen belangrijke criteria die mijns inziens nadere analyse behoeven.

²²⁵ Zie Wormhoudt 1986a, p. 186, W. Huisman 1995, p. 86.

²²⁶ Siesling 2001, p. 181.

²²⁷ Ten Voorde 2004.

De richtlijn bestaat uit een zestal vragen.²²⁸ Ten eerste: 'Is de culturele factor van invloed geweest op het gepleegde feit' en zo ja 'was dat in geringe mate, in aanmerkelijke mate of in overwegende mate?' Hierbij zal moeten worden nagegaan in hoeverre de daad in overeenstemming is met hetgeen bekend is over een bepaald cultureel delict. Als de regels die voor dat feit gelden door de verdachte werden nagekomen, dient met de culturele achtergrond rekening worden gehouden. Zo niet, dan niet. Hier zal naar ik meen de deskundige een belangrijke bijdrage moeten leveren. De rechter, zo blijkt hieruit, moet zich niet terughoudend opstellen, maar zoveel mogelijk te weten komen over de cultuur.

Ten tweede: 'Werd het gedrag van de dader (mede) bepaald door de culturele factor' en zo ja, 'wat dat in geringe mate, in aanmerkelijke mate of in overwegende mate?' Boksem en Kromdijk geven aan dat wanneer een eerwraak bijvoorbeeld door een huurmoordenaar wordt gepleegd, de huurmoordenaar andere motieven heeft dan uitsluitend cultureel bepaalde motieven. Wanneer de dader onder druk van ernstige vernedering heeft gehandeld (bijvoorbeeld de echtgenoot die bedrogen is), zal de culturele factor sterker wegen en nadrukkelijk moeten worden meegewogen. 'Uitgezocht dient te worden hoe de culturele factor doorwerkt naar de beleving van de dader.'²²⁹

Ten derde: 'Droeg de dader kennis van de in Nederland geldende normen en waarden' en zo ja, 'was dat in geringe mate, in aanmerkelijke mate of in overwegende mate?' Dit argument wordt ook door strafrechters in het onderzoek van Van Rossum en Hoogendoorn genoemd. Zij hebben eind jaren negentig een aantal strafrechters geïnterviewd en de vraag voorgelegd hoe zij eerwraak zouden beoordelen. Verschillende rechters hebben aangegeven dat de duur van verblijf, de mate van integratie, de kennis van de Nederlandse taal en de intentie hierover kennis te vergaren mede bepalend zijn voor de wijze waarop en de mate waarin met culturele achtergronden rekening moet worden gehouden. Hoe korter het verblijf, hoe slechter de integratie, hoe milder de rechters denken te zullen straffen.²³⁰ In hoeverre de bereidwilligheid van de dader om te integreren, kennis te nemen van hier geldende normen en de Nederlandse taal wil leren een af te wegen argument is, is echter onduidelijk. De door Van Rossum en Hoogendoorn geïnterviewde rechters geven bijvoorbeeld aan dat de mate van integratie gelijkelijk moet worden meegewogen. Wilde iemand bijvoorbeeld niet integreren, dan moet daarmee rekening worden gehouden. Volgens Van Rossum en Hoogendoorn zijn strafrechters dan minder snel geneigd de culturele achtergrond in voor verdachte positieve zin mee te wegen. Volgens Boksem en Kromdijk is echter ook van belang na te gaan in wat voor gemeenschap de verdachte functioneerde. 'Iemand die alleen maar omgaat met mensen die dezelfde culturele achtergrond hebben zal zich moeilijker kunnen losmaken van de normen en waarden die die culturele achtergrond met zich meebrengt' en zal volgens hen dat gegeven dan tot een mildere straf moeten leiden.²³¹ Zij relativeren met andere woorden het oordeel van de geïnterviewde rechters. Wanneer niet *willen* integreren feitelijk niet *kunnen* integreren betekent, zal de rechter milder moeten zijn in zijn oordeel.

Ten vierde: 'Is de culturele factor in het 'eigen land' grond voor straffeloosheid, strafvermindering of strafverzwaring?' Wanneer in het land van herkomst straffeloosheid of strafvermindering voor bepaalde delicten van toepassing is, zal daarmee bij de

²²⁸ Boksem en Kromdijk 2000, p. 9-10.

²²⁹ Boksem en Kromdijk 2000, p. 9.

²³⁰ J. van Rossum en Hoogendoorn 1997, p. 148.

²³¹ Boksem en Kromdijk 2000, p. 10.

hoogte van de straf rekening moeten worden gehouden. Dit moet leiden tot een lagere straf. Onduidelijk is hier echter of dit ook betekent dat wanneer in het land van herkomst normaal hogere straffen worden opgelegd, daarmee ook rekening moet worden gehouden. Dit zou ertoe kunnen leiden, dat plegers van bijvoorbeeld opiumwettedelicten, die elders zwaar bestraft worden, ook hier zwaardere straffen moeten krijgen. Dat lijkt me echter niet de bedoeling van Boksem en Kromdijk te zijn. Andere auteurs nuanceren deze vraag door aan te geven dat niet bepalend moet zijn of de gedraging in het land van herkomst strafbaar is, maar in hoeverre de gedraging door de groep waartoe de verdachte behoort wordt geaccepteerd. Dat kan bijvoorbeeld aan de hand van meisjesbesnijdenis worden geïllustreerd. Dit delict is in de landen van herkomst veelal strafbaar gesteld, maar de praktijk lijkt zich nog wijdverbreid onder bepaalde groepen voor te doen.²³² Blijkbaar is voor deze groepen niet het statelijke recht van het land van herkomst bepalend, maar het groepsrecht. Van Broeck meent dat daarom dat recht als referentiekader moet gelden.²³³

Ten vijfde: ‘Kwam het slachtoffer (indien daarvan sprake is) uit dezelfde cultuur c.q. was het slachtoffer bekend met de culturele context van waaruit de dader handelde?’ Een Turks meisje dat overspel pleegt, weet welke consequenties daaraan verbonden zijn. De dader kan het met andere woorden dan niet helemaal worden aangerekend dat hij het meisje heeft omgebracht. In de verhouding dader-slachtoffer is de dader belangrijker. In de literatuur is hierop de nodige kritiek gekomen. Het onderscheid naar de herkomst van het slachtoffer staat niet alleen op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, dat stelt dat iedereen gelijkmatige bescherming verdient tegen overtredingen van de strafwet, tevens wordt door Maris gesteld dat juist op het moment dat een cultureel delict slachtoffers maakt, de culturele achtergrond eerder een reden tot strafverzwaring is dan andersom. Vooral de bescherming van vrouwen wordt voorop gesteld. ‘Het volle leven van een vrouw telt veel zwaarder dan een paar jaar extra gevangenisstraf voor de wraakzuchtige die haar definitief van het leven berooft’,²³⁴ De aanwezigheid van een slachtoffer is, zoals ook uit de jurisprudentie blijkt eerder een reden tot strafverzwaring dan tot strafvermindering. Als argument wordt daarbij gegeven, dat bijvoorbeeld eerwraak de keuzevrijheid van vrouwen miskent en mannen niet het recht mogen hebben te bepalen hoe een vrouw haar leven leidt. Met het oog op generale preventie wordt het dan nodig gevonden hard op te treden, als signaal dat dergelijke culturele delicten onacceptabel zijn. Een dergelijke opvatting is begrijpelijk, gezien de rechten die krachtens Nederlands recht gelijkelijk aan mannen en vrouwen worden toebedeeld.

Ten zesde: ‘Handelde de dader (mede) onder druk van derden?’ Een dergelijke druk van bijvoorbeeld familieleden zal tot strafvermindering moeten leiden.²³⁵

²³² Vermoed wordt dat de meeste besnijdenissen in Nederland plaatsvinden bij meisjes uit de Somalische gemeenschap. Somalië behoort tot die landen in Afrika waar meisjesbesnijdenis veelvuldig voorkomt, maar waar de druk van de Verenigde Naties om meisjesbesnijdenis strafbaar te stellen steeds groter wordt. Zie Commission on Human Rights Resolution: 2004/80. Veel andere landen in de regio hebben al dan niet onder druk van de Verenigde Naties meisjesbesnijdenis strafbaar gesteld en werken, vaak met behulp van internationale sponsering, aan informatiecampagnes om de bevolking van het verbod te laten doordringen.

²³³ Van Broeck 2001, p. 7.

²³⁴ Zie Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1711.

²³⁵ Boksem en Kromdijk 2000, p. 10.

2.4.6 Conclusie

94. Ten aanzien van diverse leerstukken van materieel strafrecht wordt erkend dat in zekere mate rekening kan worden gehouden met culturele achtergrond van daad en dader. De meeste auteurs leggen de nadruk op de rechtvaardigingsgronden en schuld-uitsluitingsgronden. Volgens Wolswijk is dit logisch, omdat juist bij de strafuitsluitingsgronden de individuele omstandigheden van het geval kunnen worden betrokken en de omschrijving van verschillende strafuitsluitingsgronden zo ruim is dat ook met culturele verschillen rekening kan worden gehouden.²³⁶ Nemen we de volgorde van artikel 350 Sv nog eens ter hand, dan blijkt dat bij de rechtvaardigingsgronden noodweer door verschillende auteurs zo wordt omschreven dat ook bij bepaalde culturele delicten een beroep op noodweer kan worden gerechtvaardigd. Het probleem bij noodweer is de beperkte uitleg van sommige bestanddelen (zoals eerbaarheid), maar ook de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. De beoordeling daarvan vindt plaats aan de hand van een redelijkheidstoets waarbij gebruik wordt gemaakt van de zogeheten criteriumfiguur. De vraag is nu in hoeverre die criteriumfiguur zodanig gesubjectiveerd kan worden, dat de beoordeling van noodweer in belangrijke mate afhangt van het perspectief van de verdachte. In de literatuur bestaat daaromtrent een duidelijke aarzeling en wordt geopteerd voor een geobjectiveerde toets, waarbij een zekere (beperkte) ruimte voor culturele verschillen wordt geboden. Hoe beperkt wordt echter niet duidelijk. Het redelijkheidscriterium dat wordt toegepast biedt weliswaar mogelijkheden onverwachte omstandigheden mee te wegen, maar stelt geen heldere grenzen noch biedt het enige zekerheid dat met culturele verschillen rekening wordt gehouden. Het gebrek aan begrenzing wordt ook gevoeld bij overmacht in de zin van noodtoestand en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Hier wordt gewaarschuwd voor anarchie. Bij het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid is daarbij nog de vraag in hoeverre de collectieve consequenties van het aanvaarden daarvan acceptabel zijn. Dreigt dan geen 'oeverloosheid'²³⁷ en voor verschillende groepen verschillend strafrecht?

95. De vraag in hoeverre de persoon van de dader ook *als persoon* aansprakelijk kan worden gesteld voor het door hem gepleegde feit, verwijst naar de subjectieve zijde van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit betekent dat bij de beoordeling van de aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond de persoon van de dader en diens persoonlijke achtergrond een belangrijke rol spelen in de vraag of sprake kan zijn van bijvoorbeeld psychische overmacht. De rol van cultuur kan daarin op twee manieren van belang zijn, ofwel als argument om aan te geven dat onder druk van bepaalde bestaande cultureel bepaalde structuren is gehandeld, ofwel omdat men vanwege een andere culturele achtergrond geen weet had van de hier te lande geldende rechtsnormen. We hebben gezien, dat in beide situaties de mogelijkheid wordt erkend om met culturele achtergronden rekening te houden. De meest overtuigende lijkt de psychische overmacht te zijn. Bij psychische overmacht kan worden nagegaan in hoeverre een verdachte onder druk van zijn omgeving en culturele normen heeft gehandeld. De beoordeling van een beroep op psychische overmacht wordt bepaald door de aard van de druk, de relatie tussen druk en de verdachte en in hoeverre weerstand tegen die druk mogelijk was. De beoordeling van psychische overmacht vindt eveneens plaats aan de hand van een redelijkheidstoets. Ook hier is de vraag wat redelijk is. De verschillen

²³⁶ Wolswijk 2004, p. 257.

²³⁷ Zie Van Dorst in zijn conclusie voor HR 27 juni 1995, NJ 1995, 711.

tussen Knoops en Maris zijn vrij groot. Duidelijk is dat de mate waarin rekening kan worden gehouden met cultuur als drukmiddel afhankelijk is van de betekenis van cultuur en de verhouding tussen individu en cultuur. Een subjectieve interpretatie van psychische overmacht zou kunnen leiden tot de opvatting dat individuen volledig door hun cultuur worden gedetermineerd en geen invloed hebben op de wijze waarop zij met hun cultuur omgaan. Strijbosch ontkent dit. Het gevolg is echter, dat wanneer cultuur niet op een deterministische manier wordt opgevat de vraag naar de verhouding tussen de verdachte en zijn cultuur veel complexer wordt. De vraag is in hoeverre de rechter bereid is de discussie complexer te maken dan ze al is. Aan de andere kant is eveneens de vraag waarom de rechter de discussie complexer moet maken. Wat verplicht hem te onderzoeken wat de verhouding tussen cultuur en de verdachte is? Is dat voor vaststelling van schuld nodig?

96. De richtlijn van Boksem en Kromdijk heeft inzicht gegeven in een aantal vragen die van belang zijn de hoogte van de straf bij culturele delicten te bepalen. Ik heb aangegeven dat de richtlijn vooral op de persoon van de dader is gericht, hetgeen verklaarbaar is gezien het beroep dat beide auteurs uitoefenen (advocaat), maar daarmee zien zij over het hoofd zien dat de beoordeling door de strafrechter een tweezijdige beoordeling is waarin zowel de persoon van de dader als de ernst van het feit aan de orde komen. Ten aanzien van de beoordeling van de persoon van de dader is ook interessant dat Boksem en Kromdijk ervoor pleiten te onderzoeken wat de verhouding tussen cultuur en dader is. Zij geven echter nauwelijks aanwijzingen op welke wijze die verhouding moet worden uitgelegd, noch geven zij duidelijk aan waarom de rechter inzicht moet verkrijgen in die verhouding. Ten aanzien van de ernst van het feit is interessant dat zij die beoordeling laten afhangen van de aanwezigheid van een slachtoffer en de ernst van de normschending in het land van herkomst. Hier is de vraag waarom het slachtoffer zo belangrijke rol zou moeten spelen in de beoordeling van de ernst van het feit. En mag in die beoordeling gedifferentieerd worden in slachtoffers uit de eigen groep en buiten de eigen groep, zoals Boksem en Kromdijk doen? Leidt dat er niet toe dat de bescherming van het slachtoffer wordt ondermijnd, zoals onder andere Maris stelt?²³⁸ Een andere vraag is wat de invloed mag zijn van andere normen, niet alleen rechtsnormen van het land van herkomst maar meer in het algemeen sociale normen van de groep waaruit de dader afkomstig is. Kunnen die sociale normen de inhoud van de bestaande rechtsnorm, die door de dader is overtreden, verfijnen of niet?

2.5 Culturele delicten in de Nederlandse strafrechtstheorie

2.5.1 *Inleiding*

97. In deze paragraaf wil ik de rechtstheoretische opvattingen van Nederlandse auteurs behandelen. De meeste auteurs verschillen niet fundamenteel van elkaar als het gaat om de vraag of het strafrecht ruimte kan bieden voor culturele verschillen. Van een scholenstrijd is geen sprake. Wel bestaan duidelijke accentverschillen. Deze verschillen hebben te maken met a) de verhouding tussen recht en cultuur, b) de nadruk op het onderscheid tussen een private en publieke sfeer en c) het belang van de democratische rechtsstaat.

²³⁸ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1711.

2.5.2 *De verhouding tussen recht en cultuur*

98. Ad a) Vooral Wormhoudt heeft de mogelijkheden van het strafrecht in relatie tot culturele delicten bekeken vanuit de verhouding tussen strafrecht en cultuur. Wormhoudt vertrekt, net als elke andere auteur, vanuit het besef dat een multiculturele samenleving te maken kan krijgen met conflicten of botsingen van normen, die soms strafbare feiten opleveren. Wanneer deze strafbare feiten worden gepleegd door allochtonen op basis van hun culturele normen spreken we van culturele delicten. Wormhoudt noemt het vanzelfsprekend dat een multiculturele samenleving te maken krijgt met culturele delicten. Dit heeft te maken met de culturele betekenis van misdaad. Daarbij citeert hij Levy Bruhl: 'Het zijn niet de objectieve kenmerken van de daad, die er een misdaad van maken, maar het oordeel dat de samenleving daarover heeft. De misdaad is bij uitstek een sociaal begrip, dat wil zeggen bij uitstek relatief'.²³⁹ Wormhoudt stelt dat bij overtreding van de strafwet duidelijk moet zijn dat iedereen 'op gelijke wijze als ten aanzien van Nederlanders het geval is' moet worden behandeld en bestraft. Daaruit volgt geen eis tot aanpassing, dat wil zeggen het opgeven van de eigen culturele achtergrond. 'Allochtonen zullen hun eigen normen in acht kunnen blijven nemen, voorzover dat niet in strijd komt met het door het strafrecht gesanctioneerde normstelsel.' Dit betekent ook dat het relatieve van strafbare feiten, 'niet tot gevolg [heeft] dat als personen migreren, hun oordeel over toelaatbaarheid van bepaald gedrag onverkort gestand dient te worden gedaan in een andere gemeenschap'.²⁴⁰ Van cultuurrelativisme is bij Wormhoudt dus geen sprake.²⁴¹

Wormhoudt verschilt daarin van mening met bijvoorbeeld Zeegers, die enkele jaren eerder stelde dat allochtonen 'die met onze wetten en onze moraal niet verbonden zijn' niet bestraft kunnen worden. Hen kan dat gedrag niet worden toegerekend, omdat hun 'gewelddadigheden en andere overtredingen van de Nederlandse wetten' soms samenhangen 'met hun geheel andere levenspatroon'.²⁴² Deze laatste opvatting is voor zover mij bekend door niemand overgenomen en komt zeker in de rechtspraak niet tot uitdrukking. Wormhoudts opvatting, dat allochtonen hun eigen normen in acht kunnen nemen waarbij in het strafrecht met deze normen rekening wordt gehouden wordt door meer auteurs als vertrekpunt van eigen analyses gebruikt. Echter, het relatieve, of beter: cultureel bepaalde, karakter van de wet wordt door sommige auteurs geproblematiseerd.

Wiersinga stelt dat strafbepalingen weliswaar 'een afspiegeling van een bepaald, tijdgebonden normbesef' zijn, maar dat daarmee niet is gezegd dat het strafrecht een duidelijke 'autochtone kleur' heeft.²⁴³ Het tegendeel is veeleer het geval. Niet de strafwet, maar de wijze waarop een delict als een cultureel delict wordt gedefinieerd, draagt bij aan de vraag of met culturele verschillen rekening moet worden gehouden. Cultuur wordt pas relevant op het moment dat een zaak 'vanaf het begin van de opsporingsfase in het teken van culturele veronderstellingen staat'.²⁴⁴ Siesling spreekt van de constructie van een *culturele strafzaak*; een fenomeen als bijvoorbeeld eerwraak wordt pas een relevante factor in een strafzaak als procesdeelnemers eerwraak in hun argumenten gaan gebruiken en de strafzaak op basis van culturele argumenten gaan con-

²³⁹ Levy Bruhl 1968, p. 316, geciteerd in: Wormhoudt 1986b, p. 331.

²⁴⁰ Wormhoudt 1986b, p. 331-332.

²⁴¹ Zie ook W. Huisman 1995, p. 87.

²⁴² Zeegers 1980, p. 109.

²⁴³ Wiersinga 1999a, p. 135, 138.

²⁴⁴ Wiersinga 1999a, p. 136.

strueren.²⁴⁵ Daarvoor kunnen allerlei redenen bestaan, maar bij die constructie wordt niet gedacht dat de strafwet relatief is en dat dus in voor de verdachte positieve zin ruimte moet bestaan voor culturele verschillen. Die culturele verschillen kunnen ook in verdachtes nadeel worden gebruikt.

Van Walsum stelt zelfs, dat het recht niet relatief is en dus ruimte biedt voor culturele verschillen, maar een ‘machtsbolwerk’ is, dat in staat is ‘politiek gevoelige zaken in zijn eigen termen te definiëren’ en die termen zijn niet per definitie gunstig voor de verdachte. De waarheid die het recht wil bereiken is dan geen materiële waarheid, maar een op basis van stereotiepe veronderstellingen ontwikkelde (juridische) waarheid.²⁴⁶ Waar Wormhoudt dus de nadruk legt op het relatieve karakter van het recht in een multiculturele samenleving, Wiersinga dat relatieve karakter al nuanceert door aan te geven, dat niet het recht zelf, maar het toepassen van het recht mogelijkheden tot relativisering met zich *kan* brengen, is Van Walsum ervan overtuigd, dat het recht dat relatieve karakter ontbeert en niets meer is dan een bron van macht. Het recht houdt stereotiepen in stand en daardoor niet alleen een ongelijke relatie tussen autochtonen en allochtonen, maar ook binnen allochtone groepen.²⁴⁷

2.5.3 *De scheiding tussen private en publieke sfeer*

99. Ad b) Maris bekijkt de mogelijkheden om bij wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid rekening te houden met culturele verschillen vanuit het perspectief van het onderscheid tussen de private en de publieke sfeer. Zijn vertrekpunt is de veronderstelling, dat de staat levensbeschouwelijk neutraal moet zijn ‘met een betrekkelijk grote ruimte voor culturele diversiteit in de privésfeer.’²⁴⁸ Kern van deze opvatting is, dat iedereen gelijk respect verdient en de ruimte mag krijgen zijn leven naar eigen goeddunken in te richten. De staat moet zich beperken tot een rechtvaardige verdeling van goederen, maar moet op levensbeschouwelijk terrein neutraal blijven.²⁴⁹ Deze opvatting is gebaseerd op het ‘politieke liberalisme’ van Rawls.²⁵⁰ Maris verlangt van allochtonen dat zij hun culturele tradities tot de private sfeer beperken. Daarmee is niet gezegd, dat gedragingen die allochtonen tot de private sfeer bestempelen ook altijd geaccepteerd mogen worden. Aan sommige normen kan niet worden getornd, nu zij tot de fundamentele behoren van de democratische rechtsstaat waarin wij functioneren.²⁵¹ Maris omschrijft dit als volgt: hoezeer een neutrale publieke sfeer moet worden nagestreefd, wil dat niet zeggen dat ‘traditionele ongelijkheden en onvrijheden in de privésfeer’ onaangetast kunnen blijven.²⁵² De liberale moraal die in de publieke sfeer geldt, zal hoe dan ook veranderingen in de private sfeer met zich brengen. Dat is volgens Maris geen probleem.

Dat vindt ook de juriste Bloemink. Met Maris stelt zij dat de liberale moraal die in de publieke sfeer uitgaat van vrijheid en gelijkheid niet wordt opgelegd met als doel ieder mens daaraan aan te passen, door hem te kneden naar een bepaald ideaal, maar

²⁴⁵ Siesling 2001, p. 182, Siesling 2006, p. 63-70.

²⁴⁶ Van Walsum 1992, p. 13.

²⁴⁷ Van Walsum 1992, p. 16.

²⁴⁸ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709. Zie ook Maris van Sandelingenambacht 2004, p. 75-77.

²⁴⁹ Zie Bloemink 1998, p. 58.

²⁵⁰ Zie Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709.

²⁵¹ Zie ook Rutten 2001, p. 287.

²⁵² Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

om een liberale samenleving in stand te houden.²⁵³ Het is volgens Bloemink ondenkbaar een niet-liberale moraal in de publieke sfeer toe te laten, omdat daardoor 'per definitie de liberale samenleving gevaar loopt.' Hieruit volgt ook dat, zolang aan anderen geen schade wordt toegebracht, 'iedereen in de privésfeer zelf [mag] bepalen naar welke normen en waarden hij of zij wil leven.'²⁵⁴ Voor het strafrecht betekent dit volgens Bloemink en Maris dat daarin nauwelijks ruimte is om met culturele verschillen rekening te houden. De redenering daarvoor komt slechts impliciet uit beider geschriften naar voren. Ze lijken er vanuit te gaan dat omdat het recht neutraal is de cultureel gevoelige aspecten er al zijn uitgezeefd. Wat resteert is een strafrechtelijk stelsel dat de ondergrens markeert wat wel en niet toelaatbaar is. Daaraan kan niet worden getornd zonder dat de liberale samenleving in het gedrang komt. Het meewegen van culturele verschillen is dan alleen bij hoge uitzondering mogelijk en pas nadat is vastgesteld dat de ruimte voor culturele verschillen de liberale samenleving zelf niet ondermijnt.²⁵⁵

100. De nadruk op het schadebeginsel in het strafrecht zien we bij Galenkamp, zij het dat zij dit beginsel niet automatisch koppelt aan een beperkte liberale moraal en een strikte scheiding van de private en publieke sfeer. Uitgangspunt van haar betoog is dat binnen een democratische rechtsstaat ruimte dient te bestaan voor culturele verschillen, in haar eigen woorden 'de eigen identiteit van mensen'. Dit vraagt om 'tolerantie ten aanzien van andersdenkenden'. Die tolerantie komt neer op 'sovereiniteit in eigen kring'. Daarmee wordt bedoeld dat groepen binnen eigen 'kring', die door Galenkamp zo ruim mogelijk wordt opgevat, niet te veel mogen worden belemmerd in het hantieren van 'afwijkende praktijken'. 'Het is onvermijdelijk', aldus Galenkamp, 'dat er normering van buitenaf plaatsvindt, maar tegelijkertijd is het algemeen aanvaard dat dit soort kringen, tot op zekere hoogte, de ruimte moeten krijgen om een eigen 'way of life' te ontwikkelen.'²⁵⁶ Deze zelfregulering is volgens Galenkamp echter niet het eindpunt, in die zin dat er volgens haar nog een nadere invulling en afbakening van zelfregulering nodig is. Die afbakening biedt bijvoorbeeld het schadebeginsel, oorspronkelijk afkomstig van J.S. Mill.

Kern van het schadebeginsel is 'vrijheid, tenzij schade.'²⁵⁷ Dit betekent volgens Galenkamp ten eerste dat allochtonen hun eigen praktijken erop na mogen houden, tenzij deze praktijken *schade aan buitenstaanders* toebrengen. Bepaalde vrijheden mogen niet worden gebruikt ten koste van andermans vrijheden, zoals neergelegd in grondrechten. Krachtig gezegd betekent 'sovereiniteit in eigen kring' niet automatisch 'sovereiniteit buiten eigen kring'.²⁵⁸ Met andere woorden, indien gedragingen de eigen kring ontstijgen, mag de overheid ingrijpen ook al zijn de gedragingen een uiting van een bepaalde cultureel of religieus bepaalde overtuiging. Ter verduidelijking wijst Galenkamp op het discriminatieverbod: 'Groepen mogen niet hun vrijheid gebruiken om daarmee de vrijheid van anderen te beperken. Indien de uitoefening van de vrijheid door groepen een bedreiging vormt voor andere personen of groepen, kan de overheid deze vrijheid beperken.'²⁵⁹

²⁵³ Zie Maris 1992, p. 211-213.

²⁵⁴ Bloemink 1998, p. 60, 59.

²⁵⁵ Zie Bloemink 1998, p. 60.

²⁵⁶ Galenkamp 2001, p. 389, 390.

²⁵⁷ Galenkamp 2002a, p. 81.

²⁵⁸ Bovens en Witteveen 1991, p. 48.

²⁵⁹ Zie artikel 137c-g Sr. Achteraf is dit voorbeeld niet geheel gelukkig is gekozen, nu de mogelijkheid een beroep te doen op de godsdienstige grondslag van krenkende uitspraken over

In de tweede plaats mogen allochtonen er hun praktijken op na houden ‘tenzij deze ernstige lichamelijke of psychische schade opleveren voor de leden van deze groepen. Minder ernstige schade is toelaatbaar voor zover de leden (bedoeld zijn de ‘slachtoffers’) instemmen met de praktijk.’²⁶⁰ Op basis van deze richtlijn wordt gewaakt voor het zogenaamde ‘opsluiten’ van mensen in een bepaalde groep. Uitgangspunt is dat individuen niet het slachtoffer mogen worden van hun eigen cultuur. Daaraan wordt de gedachte gekoppeld, dat cultuur een dynamisch karakter heeft. ‘Traditionele waarden kunnen snel veranderen, zeker onder immigranten’, aldus ook Maris.²⁶¹ De verdachte moet in dit verband als individu worden benaderd, niet als groepslid. Hij heeft een eigen verantwoordelijkheid, en kan zich dus niet verschuilen achter de normen van een bepaalde groep.²⁶² Tevens wordt erkend dat ernstige schade een betwistbaar begrip is. Wat voor de één ernstige schade is, is voor de ander een normale praktijk. Een probleem is de positie van het slachtoffer. Als een volwassene slachtoffer wordt van een bepaalde praktijk, dan kan men wellicht nog het argument van het slachtoffer accepteren dat hij de praktijk ondersteunt en stelt dat er wat hem betreft geen sprake is van ernstige schade.²⁶³

In de derde en laatste plaats mogen allochtonen hun praktijken erop na houden zolang deze praktijken de democratische rechtsstaat niet ondergraven.²⁶⁴ Galenkamp wees er al op dat soevereiniteit in eigen kring haar grondslag vindt in de ruimte die de democratische rechtsstaat moet bieden voor culturele verschillen. Dit respect vormt niet alleen de grondslag voor het respect voor culturele verschillen, maar ook de ondergrens.

2.5.4 *De democratische rechtsstaat als uitgangspunt*

101. Ad c) Een derde manier om na te gaan welke mogelijkheden bestaan om ruimte te vinden voor culturele verschillen in het strafrecht, is het strafrecht te plaatsen binnen het kader van de democratische rechtsstaat. Volgens Galenkamp is deze derde wijze de completering van een richtlijn.²⁶⁵ Die richtlijn is ontwikkeld door 't Hart. Zijn opvattingen zullen in het vervolg van dit proefschrift vaker aan de orde komen. De ideeën van 't Hart bevatten twee kanten. Ten eerste geeft hij aan, dat binnen het kader van de democratische rechtsstaat ruimte bestaat voor culturele verschillen. Respect voor culturele diversiteit is volgens hem een fundamenteel onderdeel van de democratie.²⁶⁶ Volgens 't Hart is een democratische rechtsstaat een type staat die burgers in staat stelt zich te emanciperen, zodat zij in staat zijn deel te nemen aan het publieke debat.²⁶⁷ Die emancipatie vindt niet plaats in het luchtledige, maar garandeert een sfeer van individuele vrijheid, die het mogelijk maakt ook op basis van een bepaalde culturele achtergrond te functioneren. Die eigen identiteit is gelijkwaardig aan die van anderen, hetgeen betekent dat het behoud van die identiteit mogelijk is en niemand ‘zijn aanvankelijke identiteit, zijn eigen verleden en cultuur geheel dient af te leggen (als dat al zou

homoseksuelen een veroordeling wegens discriminatie in de weg staat. Zie Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJCM-bulletin*, 2003, p. 461-470, m.nt. M. de Blois, HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204, m.nt. JdH.

²⁶⁰ Galenkamp 2001, p. 391.

²⁶¹ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

²⁶² Zie Knoops 1998, p. 260.

²⁶³ Dit geldt uiteraard ook voor het vrouwelijke slachtoffer.

²⁶⁴ Galenkamp 2001, p. 392-393.

²⁶⁵ Galenkamp 2002a, p. 82.

²⁶⁶ 't Hart 1995, p. 17. Zie ook Galenkamp 2001, p. 389.

²⁶⁷ 't Hart 1997, p. 297.

kunnen) om een geheel nieuwe en voor een ieder uniforme cultuur te internaliseren.²⁶⁸ 't Hart slaat hiermee een andere weg in dan Maris, die de ruimte voor culturele verschillen beperkt tot de private sfeer. Volgens 't Hart moeten culturele verschillen ook in de publieke sfeer tot uitdrukking kunnen komen, doordat alleen vanuit een bepaalde identiteit gehandeld kan worden en alleen van daaruit de omvang van de private sfeer kan worden bepaald. Alleen met behulp van een zekere (cultureel bepaalde) identiteit kan worden vastgesteld welke vrijheden wel en welke niet tot de private sfeer behoren en welke handelingen al dan niet strafbaar zouden mogen zijn. Hiermee is evenwel niet gezegd dat alles mogelijk is.

Ten tweede stelt 't Hart dat de rechtsstaat is ingebed in een bepaalde historie, die laat zien dat uitgegaan moet worden van de waarden van de individuele mens, waardoor gelijkwaardigheid en respect voor anderen, maar ook verdraagzaamheid, openheid en meerduidigheid centraal staan. Ten behoeve van het strafrecht hanteert 't Hart de volgende richtlijn: enerzijds mag geen fundamentele inbreuk worden gemaakt op rechtsstatelijke grondwaarden, maar anderzijds mag ook niet star worden vastgehouden aan de wijze waarop die grondwaarden vorm hebben gekregen in ons maatschappelijk bestel.²⁶⁹ Het gevolg van deze richtlijn is volgens 't Hart dat 'kwesties als het verbieden van meisjesbesnijdenis, vasthouden aan leerplicht voor meisjes, het niet erkennen van buitenlandse polygame huwelijken,²⁷⁰ het niet dulden van steun voor een 'fatwa' tegen niet-orthodoxe schrijvers',²⁷¹ in het strafrecht moeten worden geregeld. Niet duidelijk is of 't Hart bijzondere strafbaarstellingen (van bijvoorbeeld meisjesbesnijdenis) wenst.

Tegelijkertijd betekent dit ook niet het geheel verbieden van culturele diversiteit uit angst dat zij een ondermijning van de democratische rechtsstaat zou betekenen. De richtlijn verdient met andere woorden nadere uitwerking.²⁷² Zo maakt ze niet duidelijk of aanpassing ook op het terrein van het materiële strafrecht mogelijk is, welke juridische grenzen moeten worden aangebracht en op wat voor wijze de ruimte voor culturele diversiteit geboden mag worden. Dienen we bijvoorbeeld te subjectiveren, dat wil zeggen leerstukken van materieel strafrecht in geval van culturele delicten zo uit te leggen dat daarmee volledig rekening wordt gehouden met culturele verschillen, of moeten we objectiveren, zodat alle verschillen worden weggeredeneerd en alleen op het niveau van de private sfeer ruimte voor culturele diversiteit resteert?

²⁶⁸ 't Hart 1997, p. 308.

²⁶⁹ 't Hart onder HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568. Zie ook Boonen 1996, p. 30, Knoops 1998, p. 252.

²⁷⁰ Discussie hierover bestaat in Nederland al langere tijd. Zie o.a. Cohen Henriquez 1990, Mattheussens-Kroon 1993. Recentelijk is de discussie over polygame huwelijken uitgebreid met een discussie over gedwongen uithuwelijking. Die discussie was in eerste instantie vooral familie-rechtelijk en internationaalprivaatrechtelijk van aard (Van den Eeckhout 2000), maar heeft recentelijk een strafrechtelijke dimensie gekregen door het voorstel van de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACVZ) om uithuwelijking strafbaar te stellen (Adviescommissie Vreemdelingenzaken 2005, p. 46–48). Aangezien dit advies door de Tweede Kamer nog niet is besproken is en slechts enkele reacties heeft opgeleverd, laat ik het advies van de ACVZ in dit proefschrift buiten beschouwing.

²⁷¹ Gedoeld wordt hier op de affaire-Rushdie, de Brits-Indiase schrijver die naar aanleiding van het boek *De Duivelsverzen* door de Iraanse Ajatollah Khomeini vervloekt werd, onderdook en jarenlang op zijn hoede moest zijn voor een aanslag op zijn leven. Zie over deze affaire o.a. Pipes 2003.

²⁷² Zie Galenkamp en Ten Voorde 2002, p. 43.

2.5.5 *Conclusie*

102. Uit deze analyse van rechtstheoretische beschouwingen over strafrecht in een multi-culturele samenleving kunnen een tweetal aandachtspunten naar voren worden gehaald.

In de eerste plaats wordt de stelling geopperd dat het recht een cultureel fenomeen is dat daardoor geen absoluut gegeven is, maar per cultuur verschillend. Veranderingen in een cultuur zouden dan ook veranderingen in het recht, zelfs het strafrecht kunnen betekenen. De vraag is echter of het recht inderdaad een cultureel fenomeen is en zo ja in hoeverre dat een zekere relativering van het bestaande rechtssysteem zou moeten betekenen. Die vraag is te meer van belang nu door bijvoorbeeld Van Walsum juist wordt gewaarschuwd voor deze culturele inbedding van het recht, omdat daarmee het machtskarakter van het strafrecht wordt verhuld. Professionals die in het strafrecht werkzaam, zoals rechters, advocaten en dergelijk, zijn zullen er alles aan moeten doen de cultuur van de ontvangende samenleving (de samenleving die immigranten opneemt) te beschermen, bijvoorbeeld door via het strafrecht allochtonen in een kwaad daglicht te plaatsen. De vraag is of het mogelijk is het culturele karakter van het recht ook anders te bezien en juist daarin de mogelijkheid te erkennen dat met culturele verschillen rekening te houden. Is het met andere woorden inderdaad zo zwart-wit als Van Walsum aangeeft?

In de tweede plaats wordt door onder andere Maris verdedigd dat culturele verschillen zich zouden moeten beperken tot de private sfeer, maar niet tot de publieke sfeer. Het gevolg hiervan is dat in het strafrecht nauwelijks ruimte zal bestaan voor culturele verschillen. Maris maakt hiertegen geen bezwaar. Een liberale democratie moet zich weren tegen vreemde culturele gebruiken. Het gevolg hiervan is dat allochtonen zich in ieder geval in de publieke sfeer het liberale gedachtegoed eigen zullen moeten maken. Ten eerste roept dit de vraag op in welke mate van allochtonen mag worden verwacht dat zij zich aan de liberale moraal aanpassen. Ten tweede is de vraag welke gronden kunnen worden gebruikt onderscheid te maken tussen cultureel geïnspireerd gedrag dat wel en dat niet toelaatbaar is. Kunnen we daarvoor inderdaad het schadebeginsel gebruiken of zijn er andere begrenzingsmogelijkheden? 't Hart lijkt in dit verband een weg te hebben gevonden om zowel grenzen te stellen aan het opdringen van een bepaalde moraal en het stellen van grenzen aan culturele verschillen. Die weg, opgevat als een richtlijn, vertrekt vanuit de veronderstelling dat het strafrecht functioneert binnen een democratische rechtsstaat. Kenmerkend voor een democratische rechtsstaat is dat zij volgens 't Hart voorwaarden schept voor zoveel mogelijk vrijheid van burgers. Tegelijkertijd trekt een democratische rechtsstaat een grens die erop neerkomt dat elke uiting van burgerlijke vrijheden die de waarden van de democratische rechtsstaat ondermijnt ontoelaatbaar is. Deze eenvoudige richtlijn is interessant, maar maakt echter niet de consequenties voor het materiële strafrecht duidelijk. De richtlijn heeft dan ook aanvulling om haar operationaliseerbaar te maken.

2.6 Systematisering van de resultaten in het licht van het vervolg van het onderzoek

2.6.1 *Inleiding*

103. In hoofdstuk I stelde ik de volgende vraag:

Wordt aan de hand van leerstukken van Nederlands materieel strafrecht getracht ruimte te vinden om rekening te houden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen (zoals culturele delicten) en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte?

In dit hoofdstuk heb ik getracht antwoord te geven op deze vraag. Aan de hand van drie rechtsbronnen, wetgeving (en beleid), jurisprudentie en doctrine, heb ik inzicht te geven in de mogelijkheden om met culturele achtergronden in leerstukken van materieel strafrecht rekening te houden. Samenvattend kan het volgende worden gesteld. Leerstukken van materieel strafrecht worden slechts in beperkte mate ‘opgerekt’ om met culturele verschillen rekening te houden. Discussie bestaat bijvoorbeeld vanuit welk perspectief ruimte bestaat voor de culturele achtergrond van daad en dader. Sommige auteurs zijn voor een subjectivering bij de vaststelling, anderen zijn daarin terughoudend. Dat laatste geldt in belangrijke mate ook voor de jurisprudentie. Echter, daarin zien we ook de bereidheid culturele achtergronden ten nadele van de verdachte mee te wegen. In beleid en wetgeving wordt de ruimte die de leerstukken bieden gebruikt om ten nadele van de verdachte en zijn culturele achtergrond de flexibiliteit van diverse leerstukken te benadrukken. Niet alleen is er daarbij weinig bereidheid tot differentiatie met betrekking tot type delicten daders, maar zien we ook een sterke opleving van de wens het strafrecht in te zetten als middel om allochtonen zo snel mogelijk te integreren. De vragen die als gevolg hiervan zijn gesteld worden nu nader omschreven.

2.6.2 Wetgeving

104. In antwoord op de zojuist herhaalde eerste vraagstelling kan worden gesteld, dat de recente ontwikkelingen op het terrein van wetgeving – ingegeven door de mogelijkheden die vanaf het midden van de jaren negentig ontstonden – aangeven dat gezocht wordt naar mogelijkheden om culturele delicten als eerwraak en meisjesbesnijdenis onder andere via het strafrecht op een zo effectief mogelijke wijze te vervolgen en te bestraffen. In de discussie over de meest effectieve aanpak zien we een aantal ontwikkelingen, zoals de wens tot strafbaarstelling van de gedachte, het daarmee verband houdende verbreden van de kring van daders en de vergroting van de effectiviteit van het strafrechtelijk instrumentarium om zo eenvoudig mogelijk tot opsporing en vervolging te kunnen komen. Ik wil hier buiten beschouwing laten de meest recente ontwikkeling het strafrecht terzijde te schuiven en te zoeken naar bestuursrechtelijke oplossingen voor de aanpak van strafrechtelijke problemen. Zoals reeds aangegeven ben ik vooral geïnteresseerd in ontwikkelingen op het terrein van materieel strafrecht en daarin zijn de strafbaarstelling van de intentie en verbreding van de kring van daders interessant. Voorop gesteld zij dat de verschillende ministers van Justitie (zoals Donner) terughoudend zijn het strafrecht in te zetten tegen eerwraak en meisjesbesnijdenis. De algemene consensus dat beide feiten ‘gruwelijk’ en ‘onacceptabel’ zijn, leidt niet tot overeenstemming over de meest wenselijke aanpak. Alle ministers van Justitie wijzen op de verschillende mogelijkheden die het bestaande instrumentarium reeds biedt en zien nog geen heil in aparte strafbaarstelling of oprekking van deelnemingsvormen.

Het zijn vooral Kamerleden van verschillende politieke partijen die het strafrecht zodanig willen aanpassen, dat daardoor een zo effectief mogelijk middel wordt ontwikkeld, waarmee in ieder geval daders meisjesbesnijdenis en eerwraak kunnen worden vervolgd en bestraft. Onder daders moet daarbij een zo breed mogelijke kring van betrokkenen worden verstaan, niet alleen zij die daadwerkelijk betrokken zijn bij het

plegen van de gedraging, maar ook zij die de intentie uitdrukken dat een dergelijk delict gepleegd moet worden. Diverse Kamerleden vinden het een beletsel dat deelneming aan de intentie een strafbaar feit te plegen niet strafbaar is en willen ook de intentie strafbaar stellen. De strafbaarstelling van de intentie vormt echter een breuk in het denken over strafrecht, waarin de intentie altijd buiten bereik van de strafwet is gehouden.²⁷³ De reden daarvoor is onder andere het strafrecht geen Gesinnungsstrafrecht behoort te zijn. Het betrekken van de intentie en de wens tot aparte strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis en zelfs eerwraak vormt een aanwijzing dat het strafrecht meer en meer gebruikt wordt om gezindte, dat wil hier zeggen het lidmaatschap van een groep, strafbaar te stellen.

Het willen integreren van de dader, maar ook van de rest van de groep waartoe de dader behoort, gaat zover dat alle middelen daarvoor open staan. Zo wordt de wens uitgesproken de 'juridische beren' te slechten. Daartoe achten de Kamerleden het niet problematisch dat het strafrecht wordt gebruikt om een bepaalde morele politiek te voeren die inhoudt het dwingen van burgers zich aan te passen aan een bepaalde door de staat opgelegde culturele norm, die niet alleen gericht is op de bestrijding van het schadetoebrengende delict, maar ook op de culturele norm die aan dat delict ten grondslag ligt. Het strafrecht wordt dan gebruikt als middel allochtonen te conformeren aan bepaalde van bovenaf opgelegde normen en niet primair om schadetoebrengende delicten te bestraffen. Daarmee tracht de staat niet alleen een schadelijk facet van die cultuur te bestrijden, maar ook alle onderliggende elementen die daarmee te maken hebben. Daardoor lijkt het alsof met de bestrijding van eerwraak en meisjesbesnijdenis niet alleen het delict ter discussie staat, maar ook de cultuur waarin dat delict wordt gepleaats.

105. Wat moet van de strafbaarstelling van de intentie tot het begaan van een cultureel delict worden gevonden? Los van het feit, dat daarmee zoals gezegd een inbreuk wordt gemaakt op de bestaande, en reeds jaren bestaande systematiek van het strafrecht, is de vraag of dit erg is. Is het strafrecht niet de weerspiegeling van een set van waarden en normen die voortkomen uit een specifieke cultuur? En zo ja, is het dan niet gewenst die cultuur te beschermen tegen andere culturen? Betekent dat dan bijvoorbeeld dat de inhoud van leerstukken van materieel strafrecht, zoals psychische overmacht niet moeten worden beïnvloed door andere culturen, zoals Bloemink stelt? Of mogen strafrechtsjuristen hun ogen niet sluiten voor de culturele diversiteit van de samenleving en moeten ze de daarin gebezigde begrippen juist cultuurgevoelig uitleggen, dat wil zeggen aan de hand van de culturele achtergrond van de verdachte een andere invulling geven? Deze laatste vraag is door verschillende Amerikaanse strafrechtsjuristen positief beantwoord en wordt uitgewerkt in de doctrine van het *cultureel verweer*. De theoretische bespiegelingen over dit verweer zijn bij uitstek bedoeld om aan te geven wat de gevolgen van culturele delicten voor het strafrecht kunnen zijn en op welke wijze strafrechtelijke begrippen aangepast zouden kunnen worden aan de culturele diversiteit van de samenleving zoals die in culturele delicten tot uitdrukking komt. Voorstanders van het verweer zien vooral veel in een sterke subjectivering van strafrechtelijke begrippen. Door middel van subjectivering wordt het mogelijk om het verhaal van de verdachte ook in strafrechtelijke termen te vertalen en in positieve zin mee te wegen in de beoordeling van het gepleegde feit en de achtergrond van de verdachte. Echter,

²⁷³ Zie Kelk 2005, p. 312.

dit is een duidelijk andere benadering dan de in het Nederlandse strafrecht toegepaste methodiek. Die gaat namelijk uit van het toepassen van een redelijkheidstoets en het gebruik van een criteriumfiguur die een objectivering van het verhaal van de verdachte moet bewerkstelligen. Die objectivering moet het mogelijk maken om in een grote verscheidenheid aan verhalen een eenduidige lijn op te stellen die, recht doend aan het gelijkheidsbeginsel, zoveel mogelijk in gelijke mate recht doet aan het door de verdachte te berde gebrachte verhaal. Subjectivering, zo lijkt de gedachte, draagt niet bij aan een eerlijker beoordeling, maar aan natte vingerwerk en dus rechtsonzekerheid. In de doctrine van het cultureel verweer is stilgestaan bij het belang van subjectivering en wordt een beeld gegeven van de gevolgen ervan. Inzicht daarin kan bijdragen aan het beantwoorden van de vraag in hoeverre subjectivering van juridische begrippen gewenst is. In de huidige discussies, zoals we die hebben gezien tussen Knoops, Strijbosch en Bloemink, bestaat althans in Nederland geen eenduidig beeld over de vraag of en in welke mate ruimte moet zijn voor het perspectief van de verdachte en zijn culturele achtergrond in het bepalen van de betekenis van een leerstuk in een concrete strafzaak. Die onduidelijkheid lijkt in de jurisprudentie weliswaar in veel mindere mate te bestaan, maar dan nog blijft de algemene vraag in hoeverre ruimte zou moeten zijn voor subjectivering bij culturele delicten bestaan.

2.6.3 *Jurisprudentie*

106. In de bespreking van de relevante jurisprudentie zijn verschillende aspecten aan de orde gekomen. In de eerste plaats blijkt dat op sommige momenten de rechter bereid is bijvoorbeeld bestanddelen van delictomschrijvingen een subjectieve uitleg te geven. De inhoud van het bestanddeel is bijvoorbeeld aangepast aan de culturele achtergrond van het slachtoffer. Ten aanzien van de bepaling van voorbedachte raad en opzet, maar ook als het gaat om de vaststelling van redelijkheid in de vaststelling van psychische overmacht wordt echter weinig bereidheid getoond rekening te houden met de culturele achtergrond van de verdachte. De bereidheid strafrechtelijke begrippen aan te passen, te subjectiveren, blijkt alleen mogelijk indien dit een snelle veroordeling van de verdachte bewerkstelligt. Bij de vaststelling van medeplegen blijkt weliswaar van enige openheid ten aanzien van de culturele achtergrond sprake te zijn, maar die openheid lijkt vooral ten aanzien van het feit aanwezig. De bereidheid om het feit in culturele termen te definiëren is groot. Daarmee wordt de bereidheid gevonden de specificiteit van de betreffende zaak te benadrukken. Maar niet gezegd is dat die specificiteit ook leidt tot een voor de verdachte gunstige werking van de erkenning dat het gedrag cultureel bepaald is. Zo kan de constatering dat het gedrag cultureel bepaald is bijdragen aan een eenvoudige bewezenverklaring. Tegelijkertijd moet worden erkend, dat ook voor de verdachte positieve interpretaties niet worden geschuwd, zij het dat zij minder effect sorteren. Dit is het geval bij de erkenning dat culturele achtergronden de *druk* kunnen betekenen zoals toegepast bij psychische overmacht, een opvatting die in de doctrine is voorgesteld²⁷⁴ en in de jurisprudentie is erkend. Bloedwraak tenslotte kan van invloed zijn op de vraag of er ten aanzien van een bewezenverklaard feit sprake was van noodweer. Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat erkenning van cultuur als pressiemiddel geen effect heeft als ook niet de redelijkheidstoets aan de culturele achtergrond van de verdachte wordt aangepast, en dat de Zevenaarse zaak een uniek geval blijft.²⁷⁵

²⁷⁴ Zie Wormhoudt 1986b, p. 334.

²⁷⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 23 maart 2006, LJNAV7352

107. In de tweede plaats zien we in relatie tot de mogelijkheid vreemde normen toe te passen, dat de Hoge Raad bereid is noodweer naar *redelijkheid* uit te leggen, zonder duidelijk te maken wat hij daarmee bedoelt. De Zevenaarse zaak, hoe uniek ook, geeft een inzicht in de mogelijkheden hoe in positieve zin met de culturele achtergrond van het feit rekening kan worden gehouden. De vaststelling van noodweer is echter gebonden aan bepaalde vereisten, waardoor verschillende factoren een rol spelen en niet met zekerheid kan worden vastgesteld in hoeverre cultuur hier nu de doorslaggevende rol heeft gespeeld. Wanneer we er vanuit gaan dat de beoordeling van wederrechtelijkheid ook aan de orde komt in de strafmaatmotivering, dan kunnen we ook naar de straftoemeting kijken om inzicht te verschaffen in de verhouding tussen strafrecht en vreemde normen. Daarin hebben we gezien dat veel nadruk ligt op het afwijzen van vreemde gebruiken en daarmee samenhangende normen. Waar tot in de jaren negentig de bereidheid bestond om begrip te tonen voor de vreemde cultuur, door nadruk te leggen op de persoon van de dader en als gevolg daarvan lagere straffen op te leggen, zien we tegenwoordig de tendens nadruk te leggen op de ernst van het feit.

Daarbij maakt het niet uit wie de persoon van de dader is: jong, oud, lang of kort in Nederland verblijvend. Omdat het gedrag een ernstige inbreuk maakt op de rechtsorde, dient zwaar gestraft te worden. We zien hier de neiging de eigen, Nederlandse, normen voorop te stellen en elke invloed van migrantenrecht af te wijzen. Dat deze invloed minimaal is als het gaat om het erkennen van eerwraak als geëigende reactie op eerschending is volgens de meeste auteurs niet onrechtvaardig. Problematischer wordt het wanneer elke invloed van migrantenrecht wordt afgewezen. Dit is in overeenstemming met een klassieke interpretatie van het legaliteitsbeginsel, waarin geen ruimte bestaat voor erkenning van gewoonterecht als bron van strafrechtelijke rechtsnormen. Echter, gewoonte is een *middellijke* bron van strafbaarheid. De reden daarvoor is gelegen in het benadrukken van de dominantie van de wet: dat wat strafbaar is moet worden bepaald op grond van een wettelijke strafbepaling niet op grond van een ongeschreven en daarmee oncontroleerbare regel. Betekent dit dan dat gewoonte (zoals normen van migranten) van invloed mag zijn op de betekenis van een rechtsnorm?

De jurisprudentie laat zien dat dit een enkele keer voorkomt, zij het dat aandacht voor andere normen vooral in het nadeel van de verdachte uitpakt. Sterker, bij die leerstukken waar gewoonte een rol lijkt te spelen, zoals bij de vaststelling van schuld, gaat het om de gewoonte van de dominante meerderheid en is voor migrantenrecht geen plaats. Als rechtsnormen echter hun betekenis krijgen in een wisselwerking met gewoonterecht, wat is er dan precies op tegen ander gewoonterecht,²⁷⁶ dat wil zeggen migrantenrecht, toe te laten in de concrete interpretatie van rechtsnormen?

108. In de derde plaats zien we ook een spanningsverhouding tussen de vaststelling van schuld, zowel de vaststelling van opzet als de bepaling van het verwijt na een beroep op een schulditsluitingsgrond, en de werking van cultuur in het handelen van mensen.

Bij de bepaling van opzet bij medeplegen, dat wil zeggen opzet op het deelnemen, hebben we gezien dat vrij eenvoudig kan worden vastgesteld dat iemand willens en wetens deelneemt aan het plegen van een strafbaar feit. Daarbij wordt nauwelijks acht geslagen op de moeilijkheden die een verdachte kan ondervinden zich te distantiëren van de overige medeplegers. Hoewel opzet tot de subjectieve zijde van de strafrecht-

²⁷⁶ Zie Kelk 2005, p. 150.

lijke aansprakelijkheid wordt gerekend, dat wil zeggen de zijde waarin gekeken wordt naar de persoon van de verdachte en diens persoonlijke achtergrond, vindt ook hier een objectivering plaats. Er wordt niet alleen naar de psychische gesteldheid van de verdachte gekeken, maar voor de praktische toepasbaarheid is objectivering noodzakelijk.²⁷⁷ Bij de bepaling van psychische overmacht gaat het dan om de vraag in hoeverre de vaststelling van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit aan algemene eisen moet worden gebonden, of dat hier ruimte kan bestaan rekening te houden met de culturele achtergrond van de verdachte. Daarbij is volgens mij niet zozeer de vraag in hoeverre de culturele achtergrond bepalend is, dat wil zeggen de enige toets is, op basis waarvan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kunnen worden vastgesteld. De vraag is in hoeverre de criteriumfiguur nader ingevuld moet worden en meer een 'tweelingbroer' is of een objectieve derde, de man in de straat, die naar algemeen gedeelde maatstaven oordeelt in hoeverre de verdachte aan de druk weerstand had mogen bieden. Tevens is de vraag in hoeverre het strafrecht bij de vaststelling van schuld moet *erkennen* dat de verdachte een culturele achtergrond heeft die bepalend is voor de wijze waarop hij heeft gehandeld.

In het voorgaande hebben we gezien dat de betekenis van cultuur van invloed is op de vraag in hoeverre aangenomen kan worden dat iemand niet aan de druk weerstand kon bieden. Indien ervan uitgegaan wordt dat cultuur ons handelen zodanig beïnvloedt dat we onmogelijk iets anders kunnen doen dan cultuur te volgen, zal men sneller geneigd zijn aan te nemen dat aan de druk geen weerstand kon worden geboden. Indien ervan wordt uitgegaan dat elke persoon zelfstandig kan beslissen hoe hij een bepaalde culturele norm invult en naleeft en niet altijd en onder alle omstandigheden volledig gedetermineerd wordt door zijn cultuur, zal men volgens mij minder snel geneigd zijn aan te nemen dat men tegen (culturele) druk geen weerstand kon bieden. De betekenis van cultuur is dan ook van groot belang voor de wijze waarop rekening kan worden gehouden met de culturele achtergrond van de dader bij de vaststelling van schuld.

2.6.4 Doctrine

109. Uit de analyse van de literatuur blijkt niet alleen de bereidheid de strafrechtelijke discussies te funderen op een theoretische bespiegeling over de verhouding tussen strafrecht en de multiculturele samenleving, maar ook het strafrecht in meer facetten te bespreken dan we in jurisprudentie en wetgeving hebben gezien. De doctrine richt zich vooral op de mogelijkheden en grenzen van de wijze waarop met culturele verschillen in leerstukken van materieel strafrecht rekening kan worden gehouden. De doctrine werkt vanuit het besef dat het strafrecht niet alleen in het algemeen 'uniek flexibel' is, maar in al zijn aspecten ruimte kan bieden voor daders met een andere culturele achtergrond. Zoals Galenkamp aangeeft, is het rekening houden met de persoon van de dader en diens persoonlijke achtergrond al decennialang een *klassiek* uitgangspunt van het strafrecht²⁷⁸ en wordt erkend dat die persoonlijke achtergrond zo breed mogelijk moet worden uitgelegd. De erkenning hiervan heeft tot de opvatting geleid, dat het strafrecht relatief is, dat wil zeggen het resultaat van keuzes in een specifieke maatschappij, met een specifieke set van normen, die als gevolg van aanhoudende migratiegolven aan verandering onderhevig is. Tegelijkertijd is aangegeven, dat daaruit niet vanzelfsprekend de veronderstelling volgt, dat dan in voor de verdachte positieve zin

²⁷⁷ Zie Nieboer 1991, p. 162-163.

²⁷⁸ Galenkamp 2002b, p. 184.

rekening wordt gehouden met diens achtergrond. Niet alleen blijkt dit uit de jurisprudentie, Van Walsum waarschuwt voor machtsmisbruik door bijvoorbeeld rechters bij het gebruik van culturele achtergronden. Die waarschuwing moet niet in de wind worden geslagen. Het gevaar ervan moet worden onderkend, maar of dat betekent dat de rechter zich verre van cultuur moet houden is de vraag. Ik kom hier in hoofdstuk 3 op terug.

110. Om machtsmisbruik tegen te gaan dienen twee vragen beantwoord te worden. De eerste heeft betrekking op de verhouding tussen recht en cultuur en de mogelijkheden die in het recht bestaan om culturele verschillen te verdisconteren in de bestaande juridische systematiek. De tweede vraag spitst zich toe op de meer concrete mogelijkheden dat culturele normen van invloed kunnen zijn op de afbakening van de in de strafwet neergelegde rechtsnorm. Deze vraag richt zich dan ook op de vraag in hoeverre de wederrechtelijkheid nader kan worden ingevuld met behulp van culturele normen. Die vraag wordt in de doctrine wisselend beantwoord. Verschillende auteurs staan hier niet negatief tegenover, Rutten is zelfs van mening dat juist bij de rechtvaardigingsgronden, waar de wederrechtelijkheid ter discussie staat, culturele verschillen aan de orde moeten komen.²⁷⁹ Andere auteurs wijzen op het gevaar van anarchie. Er wordt in dit verband vooral gewezen op het ontbreken van onderscheidend vermogen: elke verdachte kan zijn handelen baseren op een norm en stellen dat die norm cultureel bepaald is, met als gevolg dat de rechtsnorm ook aan die norm aangepast zal worden. Dit betekent uiteindelijk een uitholling van de rechtsnorm. Hier wordt met andere woorden gewaarschuwd voor cultuurrelativisme. Ik ben van mening, dat een dergelijk relativisme inderdaad voorkomen moet worden, maar vraag me af of beïnvloeding van rechtsnormen door culturele normen van migrantenrecht altijd tot anarchie leidt. Dit vraagt niet alleen inzicht in de betekenis van rechtsnormen, maar ook in de duiding van de mogelijkheden tot begrenzing, niet alleen algemene begrenzing, maar ook een meer specifieke begrenzing. Ook ik ben van mening dat niet alle culturele normen meegewogen moeten worden. Dat vraagt om een methode waarin het rechterlijk oordeel als machtswoord zoveel mogelijk wordt begrensd, al ben ik met Van Walsum eens dat dat nooit helemaal mogelijk is.

111. In relatie tot de verhouding tussen schuld en cultuur heb ik aangegeven dat psychische overmacht de meest aangewezen schulduitsluitingsgrond lijkt te zijn om een beroep te doen op de culturele achtergrond. Avas, maar ook ontoerekenbaarheid zijn minder geschikt.²⁸⁰ In de literatuur spitst de vraag zich, net als in de jurisprudentie, toe op de vraag wat *redelijkheid* betekent bij de vaststelling van psychische overmacht. Erkend wordt dat cultuur weliswaar het pressiemiddel is op basis waarvan de verdachte tot zijn gedraging kwam, maar daarmee is niet gezegd dat daarmee ook rekening moet worden gehouden. Daarover verschillen diverse auteurs van mening. Bezien we de verschillende auteurs, dan blijkt niet dat afstand wordt genomen van het concept redelijkheid, maar dat vooral de reikwijdte van het concept ter discussie staat. Knoops meent dat redelijkheid vooral vanuit het perspectief van de verdachte vastgesteld moet worden en stelt dat daardoor voldoende ruimte bestaat ook met culturele verschillen rekening te houden. Daarbij hecht hij veel belang aan het oordeel van deskundigen, die het perspectief van de verdachte voor de rechter moeten verhelderen. Het pro-

²⁷⁹ Rutten 2001, p. 298.

²⁸⁰ Zie nrs. 88, 91 in dit hoofdstuk.

bleem hiervan is echter dat, en dat geldt ook voor de vaststelling van opzet waarop al eerder is gewezen, het vaststellen van een juridisch oordeel niet zonder een zekere mate van objectivering kan gebeuren, en het verhaal van de verdachte nooit helemaal onvertaald kan worden meegewogen.

Altijd zal een juridische vertaalslag moeten worden gemaakt, dat wil zeggen het verhaal van de verdachte vertaald moeten worden in juridische termen en vatbaar moeten worden gemaakt voor een juridisch oordeel. De vraag is in hoeverre daarin het perspectief van de verdachte behouden kan blijven. Knoops meent dat deze ruimte vrij groot is, andere auteurs zijn hierin terughoudender. Kenmerkend is de opvatting van Bloemink, die erop wijst dat vaststelling van het (gebrek aan) verwijt ingebed is in een bepaalde opvatting wat van een burger mag worden verwacht. Uit de jurisprudentie blijkt, dat van de verdachte ook mag worden verwacht, dat hij weerstand biedt tegen zijn eigen culturele normen. Strijbosch rechtvaardigt dit door te wijzen op de betekenis van cultuur. Die brengt met zich dat cultuur de mens niet zodanig determieneert, dat wij geen zelfstandige keuzes meer kunnen maken. Zoals ook de Bossche rechtbank in de Veghelse zaak stelde, kunnen wij die keuzes wel maken. Daarmee is wellicht een algemeen kader gegeven, veel verder helpt het ons niet. Immers, geldt dit onder alle omstandigheden? En zo nee, wanneer dan niet? En als dit niet onder alle omstandigheden geldt, op welke wijze dient dan met die culturele norm waartegen geen weerstand kon worden geboden rekening te worden gehouden? En hoe kan worden vastgesteld dat de verdachte geen weerstand kon bieden? Moeten we hier objectieve criteria voor vaststellen of dienen we te subjectiveren? De vraag is dus niet *of* redelijkheid het juiste criterium is, maar om de vraag *hoe* we dat criterium nader uitlegen.

2.6.5 Conclusie

112. Uit de analyse van dit hoofdstuk blijkt dat er sprake is van mogelijkheden met behulp van leerstukken van materieel strafrecht ruimte te vinden om rekening te houden met culturele achtergronden. Die ruimte is echter diffuus, nu zowel mogelijkheden bestaan om ten nadele van de verdachte als in diens voordeel zijn culturele achtergrond mee te wegen. Daarmee is het strafrecht flexibel, veel zekerheid biedt het echter niet.

Het ontbreken van een dergelijke zekerheid is een probleem, nu de mogelijkheden in het strafrecht om met culturele achtergronden rekening te houden verderstrekkende gevolgen hebben dan de enkele bestraffing van een allochtone verdachte. De groep waartoe de verdachte zegt te behoren kan ook geraakt worden, niet alleen door de argumentatie van strafvonnissen, maar ook door de verbreding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, waarbij het mijns inziens niet alleen gaat om het willen bestraffen van bepaalde culturele delicten, maar ook het willen bestrijden van bepaalde opvattingen die niet noodzakelijkerwijs tot strafbaar gedrag hoeven leiden. Dit probleem is een aspect van het thema dat ik in hoofdstuk 3 wil behandelen. Daarin gaat het meer in het algemeen om de vraag of de flexibiliteit van het strafrecht zo kan worden uitgelegd, dat ook in *positieve* zin rekening kan worden gehouden met de culturele diversiteit van de samenleving. Is het daarvoor voldoende bescherming te bieden aan individuele justitiabelen of dient het niveau van bescherming uitgebreid te worden naar de groep?

Individuele of collectieve bescherming heeft grote gevolgen voor het behandelen van cultuur in relatie tot wederrechtelijkheid en schuld. Aanvaarding van een collectief recht op het invoeren van de culturele achtergrond bij de vaststelling van wederrechte-

lijkheid maakt het mogelijk om zonder individualiseerbare gronden, zoals een individuele nood of verdedigings situatie, vrij snel tot straffeloosheid van cultureel bepaald gedrag te besluiten. In dit verband is echter gewezen op het gevaar van relativisme. Hoe kunnen we relativisme vermijden? Het concept van de democratische rechtsstaat verdient daarvoor verdere uitwerking. Aan de hand van dit concept is een richtlijn gegeven door 't Hart en getracht een balans te vinden tussen culturele diversiteit enerzijds en het behoud van een aantal fundamentele normen anderzijds. Die richtlijn dient nader uitgewerkt te worden wil ze van enige praktische betekenis zijn. De richtlijn is op dit moment namelijk te vaag en voor het materiële strafrecht nog onvoldoende operationaliseerbaar gemaakt om te kunnen gebruiken als richtsnoer om de volgende vraag te beantwoorden: is in het licht van de democratisch rechtsstatelijke grondslag van het strafrecht gewenst dat leerstukken van materieel strafrecht worden opengesteld voor de culturele diversiteit van de samenleving en op welke wijze en in hoeverre kan die openheid aan grenzen worden gebonden? De uitwerking dient te geschieden aan de hand van de leerstukken die het meest ter discussie zijn geweest: wederrechtelijkheid en schuld, omdat met deze leerstukken inzicht kan worden verschaft in de ruimte en grenzen van culturele normen in het strafrecht en de betekenis van de persoonlijke relatie tot een cultuur.

De mogelijkheden om ruimte te bieden bij het wederrechtelijkheidsoordeel vragen om een uitwerking van de verhouding tussen normen en individueel handelen. Immers, in het voorgaande hebben we gezien dat de beoordeling van wederrechtelijkheid voornamelijk plaatsvindt door inzicht te verschaffen in het handelen. De vraag is welke invloed het handelen heeft op de betekenis van een norm en welke betekenis het handelen mag hebben bij de vaststelling van een norm. Hiervoor heb ik aangegeven dat die ruimte mogelijk is, met behoud van de systematiek van het strafrechtelijke stelsel. Kunnen we in dat stelsel een methode vinden op basis waarvan er ruimte is voor culturele verschillen, zonder dat dit ten koste gaat van de noodzaak ongewenst gedrag te bestraffen? Bij de bepaling van schuld (in de zin van verwijtbaarheid) bestaat ook ruimte voor culturele achtergronden. De vraag is echter in hoeverre het mogelijk is een individueel aspect van de aansprakelijkheid te koppelen aan een collectief begrip als cultuur. Anders gezegd, kan bij de vaststelling van schuld wel erkend worden dat het handelen gebaseerd is op bepaalde culturele normen, die de onmogelijkheid met zich zouden hebben gebracht anders te kunnen handelen? Kunnen we wilsvrijheid dan nog wel koppelen aan gebondenheid aan een bepaalde cultuur? En zo ja, kan dan worden vastgehouden aan individueel schuldverwijt en in hoeverre dient dit verwijt via een objectiverende toets te worden vastgesteld? Welke mogelijkheden zijn er om te subjectiveren en hoe kunnen we subjectiveren? Beide vragen hebben vooral in de literatuur tot wisselende antwoorden geleid en vanwege door dit gebrek aan eenduidigheid verhelderd te worden.

2.7 Slotopmerkingen

113. In dit hoofdstuk is getracht antwoord te geven op de in hoofdstuk 1 omschreven eerste vraagstelling. Aan de hand van een zo uitvoerig mogelijke weergave van wetgeving en beleid, jurisprudentie en doctrine heb ik getracht aan te geven welke ruimte bestaat om in leerstukken van materieel strafrecht rekening te houden met culturele achtergronden van feit en dader. De resultaten van deze analyse nopen mijns inziens tot een nader onderzoek. Hoewel duidelijk is geworden dat het strafrecht op allerlei manieren rekening kan houden met culturele verschillen, is ook aangegeven dat de

systematiek van het strafrecht ter discussie kan komen te staan. Dit geldt niet alleen voor de ruimte en vooral grenzen om culturele normen te gebruiken om de betekenis van rechtsnormen aan die andere culturele normen aan te passen. Het geldt ook voor de verhouding tussen schuld en cultuur en de vraag wat de betekenis is van cultuur en schuld en hun onderlinge verhouding in een door schuld gedomineerd strafrecht. Meer fundamenteel gaat het om de vraag in hoeverre het strafrecht neutraal is, dat wil zeggen geen 'kleur' bekent, wat deze neutraliteit in een multiculturele samenleving betekent en of neutraliteit wel een haalbaar uitgangspunt is. In het vervolg van dit onderzoek zal nader stilgestaan moeten worden bij de in de analyse aangehaalde punten, die in drie thema's zijn samen te vatten, namelijk de verhouding tussen recht en cultuur, de ruimte en grenzen rechtsnormen aan culturele normen aan te passen en de verhouding tussen schuld en cultuur. In deel II zullen deze thema's in afzonderlijke hoofdstukken worden besproken. De systematiek van deze hoofdstukken is al aan het slot van hoofdstuk 1 nader uitgewerkt en heeft met dit hoofdstuk een logische basis gekregen.

Bijlage bij hoofdstuk 2

DEEL II

Materieel strafrecht en multiculturalisme

‘Equal respect for *everyone* is not limited to those who are like us; it extends to the person of the other in his or her otherness. And solidarity with the other *as one of us* refers to the flexible ‘we’ of a community that resists all substantive determinations and extends its permeable boundaries ever further. This moral community itself solely by way of the negative abolishing of discrimination and harm and of extending relations of mutual recognition to include marginalized men and women.’

Habermas 1998, pp. xxxv-xxxvi.

HOOFDSTUK 3

Cultureel verweer en de pluralisering van juridische begrippen

3.1 Inleiding

114. In het vorige hoofdstuk heb ik aangegeven dat op verschillende manieren ruimte wordt gevonden om rekening te houden met culturele verschillen in de toepassing van leerstukken van materieel strafrecht. Dat heeft niet geleid tot een eenduidig beeld hoe met deze verschillen rekening moet worden gehouden. De veelzijdige reacties zijn volgens mij verklaarbaar doordat de vraag in hoeverre het strafrecht *op zichzelf* wel open kan staan voor bepaalde cultureel gefundeerde overtuigingen niet eenduidig wordt beantwoord.¹

Als we het spectrum overzien dan lijkt bij de wetgever de overtuiging te heersen, dat het strafrecht geen mogelijkheden zou moeten bieden voor culturele verschillen. Die opvatting komt voort uit de gedachte in dat het strafrecht het *gelijkheidsbeginsel* voorop staat.² De wijze waarop het strafrecht gedrag kan bestraffen leent zich niet om in zijn algemeenheid rekening te houden met culturele verschillen. Het strafrecht zou juist moeten worden ingezet als middel om culturele delicten streng te bestraffen. De discussie over eerwraak en meisjesbesnijdenis bij de wetgever illustreert mijns inziens deze veronderstelling.

Aan de andere kant zien we in de jurisprudentie de bereidheid om wel met culturele verschillen rekening te houden. De jurisprudentie kan pakkend worden samengevat met een algemene bevinding van de Bossche rechtbank in de Veghelse zaak.³ In het vonnis tegen de schutter, Ali, merkt zij het volgende op. 'De vraag is niet of de aanwezigheid van een eerwraak-motief moet leiden tot een zwaardere of lichtere straf dan wanneer een dergelijk motief niet aanwezig is, maar of (...) dat motief en de daarmee verband houdende factoren – (...) – deze verdachte zozeer onder druk hebben gezet dat hij daaraan niet redelijkerwijs weerstand had kunnen en behoren te bieden.'⁴ Met andere woorden, elk geval moet individueel bekeken worden, en er kunnen geen algemene richtlijnen gegeven worden hoe met culturele verschillen rekening kan worden gehouden.

Daarmee omzeilt de rechtbank lastige theoretische discussies. De uitspraak lijkt weliswaar in overeenstemming te zijn met de schaarse opvattingen die uit de mond van rechters zijn opgetekend,⁵ echt veel verder komen we er niet mee. Immers, onduidelijk blijft waarom en binnen welke grenzen nu wel of niet rekening moet worden gehouden met cultureel geïnspireerde motieven.

115. In dit hoofdstuk wil ik de vraag beantwoorden of het strafrecht, gebaseerd op de *democratische rechtsstaat*, *cultuurgevoelig* zou moeten zijn en op grond waarvan de democratische rechtsstaat daartoe mogelijkheden biedt. Die vraag richt zich niet alleen op de positie van allochtone culturen ten opzichte van het hier te lande geldende strafrecht, maar ook andersom: wat is de consequentie van multiculturaliteit voor het straf-

¹ Zie voor de doctrine hoofdstuk 2, nrs. 98-102.

² Zie hoofdstuk 2, nr. 45.

³ Zie hoofdstuk 2, nrs. 51, 69, 73.

⁴ Rb 's-Hertogenbosch 12 februari 2001, *LJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

⁵ Zie Engelman 1998, p. 6, J. van Rossum en Hoogendoorn 1997, p. 148.

recht? In dit hoofdstuk wil ik deze vragen beantwoorden aan de hand van een strafrechtelijke uitwerking van het multiculturalisme, namelijk het *cultural defense*, in het Nederlands *cultureel verweer* genoemd.⁶ Het cultureel verweer wordt hier niet behandeld als een Amerikaans strafrechtelijk leerstuk dat vertaald kan worden naar het Nederlandse strafrecht, maar als een leerstuk dat antwoord geeft op de vraag welke discussiepunten naar voren komen bij beantwoording van de vraag of het strafrecht cultuurgevoelig kan zijn.⁷ In paragraaf 3.2 zal ik het verweer introduceren. Nadruk ligt daarbij niet op de inpasbaarheid van het verweer in het Nederlandse recht.⁸ In paragraaf 3.3 zal ik de voor- en nadelen van cultureel verweer op een rij zetten. Aan het eind van deze paragraaf zal ik drie vragen stellen die in het vervolg van dit hoofdstuk uitgewerkt worden.

116. Kern van dit hoofdstuk is de vraag of binnen het concept van de democratische rechtsstaat ruimte bestaat in het strafrecht rekening te houden met culturele verschillen, hoe die ruimte kan worden vormgegeven, aan welke algemene grenzen die ruimte kan worden gebonden en in hoeverre juridische begrippen kunnen worden gerelativeerd als gevolg van die culturele diversiteit van de samenleving. In paragraaf 3.4 zal ik na een omschrijving van het begrip democratische rechtsstaat aangeven waarom een democratische rechtsstaat een multiculturele samenleving moet zijn. Ik zal deze stelling uitwerken aan de hand van drie thema's die in paragraaf 3.3 over cultureel verweer naar voren zijn gekomen, namelijk individuele rechtvaardigheid, tolerantie voor culturele verschillen en de noodzaak van (accurate) strafrechtelijke begrippen die aangepast zijn aan de culturele verscheidenheid van de samenleving. De behandeling van deze thema's geeft een algemene schets hoe in een democratische rechtsstaat *pluralisering* van het recht mogelijk is. In paragraaf 3.5 baken ik deze ruimte af door de kritiek op cultureel verweer nader uit te diepen. Dit zal ik doen door te vertrekken van het uitgangspunt dat recht een cultureel fenomeen is met een eigen dynamiek. Daarbij geldt echter niet dat die dynamiek een vooropgestelde waarheid bevoordeelt, maar ruimte openlaat voor verschillen. Die ruimte is echter beperkt. Juridische begrippen kunnen weliswaar een nieuwe betekenis krijgen als gevolg van een veranderende samenstelling van de samenleving, maar dat wil niet zeggen dat elke verandering tot nieuwe betekenissen van juridische begrippen (zoals leerstukken van materieel strafrecht) moet leiden.

3.2 Cultureel verweer

3.2.1 Inleiding

117. De discussie over cultureel verweer heeft vooral veel stof doen opwaaien in het Amerikaanse debat over de multiculturele samenleving. Vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw zien we dat in de Amerikaanse politieke filosofie de gedachte wordt

⁶ Zie Wiersinga 2001a, Siesling 2001, p. 181, Bloemink 1998, p. 53. Maris (1992, p. 185) heeft 'cultural defense' vertaald met culturele verdediging, maar deze vertaling is niet gemeengoed geworden.

⁷ Ik heb daarbij gebruik gemaakt van de analyse van Claes en Vrielink (2006, p. 295-299) die haar echter hebben gebruikt voor een rechts- en wijsgerig-antropologische analyse van de plaats van recht in cultuur. Ik gebruik deze analyse om inzicht te krijgen in meer dan alleen de plaats van recht in een cultuur.

⁸ Al zal ik voor de helderheid wel aangeven binnen welke leerstukken van materieel strafrecht cultureel verweer geplaatst zou kunnen worden. In § 3.2.4 zal ik bij de te bespreken varianten van een partieel cultureel verweer aangeven waar deze variant in het Nederlandse strafrecht gedacht kan worden in het in hoofdstuk 2 als leidraad genomen beslissingsmodel van artikel 350 Sv.

verlaten, dat de Amerikaanse samenleving een 'melting pot' is waarin immigranten hun eigen identiteit opgeven ten voordele van een gemeenschappelijke Amerikaanse identiteit. Het afscheid van de melting pot ging gepaard met de herontdekking van de culturele identiteit van de eerste generatie door de derde generatie immigranten.⁹ Zij heeft ook in het Amerikaanse strafrecht tot een zoektocht geleid naar mogelijkheden om in het recht ruimte te bieden aan culturele verschillen van immigranten en hun nakomelingen.¹⁰

Het strafrecht komt in beeld als gevolg van gedragingen van veelal Aziatische immigranten en leden van inheemse bevolkingsgroepen. Tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw gold het uitgangspunt dat 'een ieder geacht wordt de wet te kennen' en dat onbekendheid met het geldende recht geen reden is om daarmee rekening te houden.¹¹ De gedragingen die vanaf halverwege de jaren tachtig aan de orde zijn, variëren van levens- en zedendelicten tot overtreding van de Amerikaanse variant van de opiumwet.¹² Het zijn vooral eerstgenoemde delicten die de publieke opinie tot de verbeelding spreekt. Het gaat dan om gevallen van schaking, rituele verminkingen en ouder-kinddodingen. De verbeelding slaat om in verbazing en afkeuring als in diverse zaken de culturele achtergrond van de dader leidt tot lage bestraffing. Twee zaken kunnen hier als voorbeeld dienen.

118. In de eerste plaats kan gewezen worden op de zaak tegen de in New York woonachtige Chinese immigrant Dong lu Chen.¹³ In 1987 brengt hij zijn vrouw om het leven nadat zij hem verteld had ontrouw te zijn geweest. In de strafzaak die hierop volgde, werd veel aandacht besteed aan Chen's culturele achtergrond. De ingeschakelde deskundige stelde dat de handelwijze van Chen in overeenstemming was met diens cultuur, omdat uitoefening van geweld de reactie is van een normale Chinese man op ontdekking van overspel. Overspel is een ernstige inbreuk op de waardigheid van de man, aldus de deskundige. Deze informatie wordt door de rechter gebruikt om Chen niet voor moord, maar voor een minder ernstig delict (een lichte variant van doodslag) te veroordelen en hem vijf jaar voorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen. De rechter was overtuigd dat Chen, onder druk van zijn cultuur, weinig anders kon dan zijn culturele codes te volgen. 'Chen's culturele erfenis veroorzaakte druk die hem ertoe bracht zijn vrouw te doden, het maakte hem gezien de omstandigheden vatbaarder over zijn toeren te raken.'¹⁴ Dat dit gedrag leidde tot de dood van zijn vrouw, is te betreuren maar van minder groot belang.

119. Een tweede voorbeeld is de zaak tegen de uit Laos afkomstige Kong Muoa, die vervolgd werd voor de ontvoering en verkrachting van de eveneens uit Laos afkomstige Seng Xiong. Al snel bleek dat er geen sprake was van wederrechtelijke vrijheidsberoving, maar van een zogeheten 'zij poi nam', ofte wel een poging een huwelijk te forceren door schaking en seksuele gemeenschap met het ontvoerde meisje te hebben. Kong werd na aangifte door Seng Xiong, die in eerste instantie leek te hebben inge-

⁹ Zie H. Vermeulen en Slijper 2003, Hingham 1993.

¹⁰ In dit hoofdstuk blijft onbesproken een vergelijkbare discussie over cultureel verweer voor inheemse groepen. Zie hierover bijv. Kanter 1995.

¹¹ Zie Lyman 1986, p. 89-90.

¹² Zie Sacks 1996, p. 526-529, Sikora 2001, p. 1701-1702, Renteln 2004, p. 73-93.

¹³ Zie Volpp 1994, p. 64-77.

¹⁴ 'Chen's cultural heritage created pressures that led him to kill his wife, it made him more susceptible to cracking under the circumstances' (Spatz 1991, p. 622).

stemd met de gang van zaken, maar daar later van terugkwam, aangehouden en vervolgd wegens wederrechtelijke vrijheidsberoving en verkrachting. Ter zitting voerde Kong een verweer, waarin hij aangaf dat zijn gedrag was beïnvloed door de cultuur waarin hij was opgevoed. Deze 'culturele conditionering' was voor de rechter reden om Kong weliswaar te veroordelen wegens verkrachting en ontvoering maar – om recht te doen aan diens culturele conditionering – een lage straf, namelijk negentig dagen gevangenisstraf, op te leggen en duizend dollar schadevergoeding aan (de familie van) het slachtoffer toe te kennen.¹⁵

120. Beide strafzaken worden in de Amerikaanse literatuur gebruikt als illustratie van een cultureel verweer. Een aantal aspecten aan deze zaken zijn opvallend. In de eerste plaats valt op dat het gaat om ernstige strafbare feiten. Zowel doodslag als verkrachting worden in het algemeen met zware sancties bedreigd. Dit neemt niet weg dat in beide gevallen een lage straf werd opgelegd, uitsluitend omdat beider handelen verklaard kan worden door de culturele context waarbinnen het gedrag plaatsvond. Beiden stelden dat zij niet geheel verantwoordelijk zijn voor het gepleegde delict vanwege hun culturele achtergrond.¹⁶

In de tweede plaats is de wijze waarop die context wordt vormgegeven interessant, omdat de rechter in beide gevallen de culturele achtergrond interpreteert op de wijze zoals deze door of namens de verdachte is aangedragen. In de zaak tegen Chen werd gebruik gemaakt van een deskundigenrapport waarin stond dat Chen handelde conform een normale Chinees. De relatie tussen een Chinese man en zijn vrouw en de positie van de Chinese man in China, werd zo geschetst dat daaruit geconcludeerd zou kunnen worden dat Chen het volste recht had zijn vrouw om het leven te brengen. Chen zou daartoe in het normale geval niet overgegaan zijn omdat de leden van de gemeenschap hem daarvan hadden weerhouden (die gemeenschap ontbrak echter in New York)¹⁷ en Chen aan de toekomst moest denken, met name aan de huwbaarheid van zijn dochters.¹⁸ In de zaak tegen Kong Muoa droeg de verdachte een pamflet aan waarin ingegaan werd op de betekenis van 'zij poi nam'. Het pamflet benadrukte het belang van deze manier van huwelijksvoltrekking binnen de betrokken gemeenschap. De rechter nam het pamflet over en gebruikte het als argument voor de lage bestraffing van Kong.¹⁹

In de derde plaats blijkt uit beide zaken dat vooral oog bestaat voor de persoon van de verdachte. Er werd gezocht naar een voor het individu zo rechtvaardig mogelijke bestraffing. Die bestraffing was volgens beide rechters alleen mogelijk indien volledig rekening wordt gehouden met de culturele achtergrond van Chen en Kong Muoa. Dit verklaart ook waarom het pamflet van Kong als bewijs voor diens claim werd gebruikt, omdat het pamflet uiting gaf van de opvattingen van Kong. Het doet er daarbij niet toe in hoeverre die opvattingen ook de opvattingen van de groep zijn; die staat niet terecht.²⁰

¹⁵ Zie Ly 2001, p. 484-486.

¹⁶ Zie Suri 2000, p. 119, 120, Magnarella 1991, p. 70.

¹⁷ Een vergelijkbare rechtvaardiging voor huiselijk geweld wordt in Nederland overigens ook onder Surinamers gehoord. Zie *NRC Handelsblad* 31 januari 2007.

¹⁸ Zie Volpp 1994, p. 66-69, 73.

¹⁹ Zie Ly 2001, p. 486.

²⁰ Zie Lyman 1986, p. 103.

Het verweer komt dus naar voren als een verdedigingsstrategie die gericht is op het introduceren van bewijs voor verminderde schuld, maar ook als rechtvaardiging van gedrag dat uitsluitend beoordeeld kan worden op basis van de cultuur van de dader.

121. Alvorens op het cultureel verweer in te gaan, is de vraag waarom aandacht wordt besteed aan deze Amerikaanse doctrine. Zij lijkt op het eerste gezicht voor Nederland niet relevant, nu het concept 'defense' bij uitstek bij het Amerikaanse (meer in het algemeen angelsaksische) recht hoort. De vertaling naar het Nederlandse recht is dan ook niet vanzelfsprekend. Toch meen ik dat deze Amerikaanse discussie ook voor Nederland relevant is. Ten eerste omdat naast de Verenigde Staten ook Nederland te maken heeft met culturele delicten die door immigranten en hun nakomelingen (allochtonen dus) worden gepleegd en ook in Nederland de discussie is ontstaan over de vraag of met de culturele achtergrond van daad en dader rekening moet worden gehouden. Het concept cultureel verweer biedt een algemeen beeld welke consequenties met het beantwoorden van deze vraag is verbonden. Ten tweede is de discussie over cultureel verweer zo aantrekkelijk omdat de belangrijkste thema's die zijn verbonden met de vraag of met culturele verschillen bij culturele delicten rekening moet worden gehouden, door de auteurs die zich met cultureel verweer hebben beziggehouden zijn behandeld. Zoals gezegd behandel ik het cultureel verweer niet als strafrechtelijk leerstuk dat naar het Nederlandse strafrecht moet worden vertaald, maar als theoretisch leerstuk waarvan de bouwstenen en discussiepunten voor het Nederlandse strafrecht relevant zijn.

3.2.2 *Een omschrijving van cultureel verweer*

122. De overeenkomsten tussen de zaak tegen Dong lu Chen en Kong Muoa geven een eerste inzicht in de betekenis van cultureel verweer. De drie aspecten die hier naar voren zijn gehaald komen terug in de argumenten voor cultureel verweer (zie nrs. 135-143). Een aspect dat kenmerkend is voor de zaak tegen Kong Muoa maar in de zaak tegen Chen niet naar voren is gekomen, is dat Kong stelde onwetend te zijn geweest van de wettelijke regeling inzake ontvoering en verkrachting. In het Amerikaanse strafrecht, meer in het algemeen het angelsaksische recht, wordt onwetendheid echter niet erkend.²¹ Het adagium 'ignorance for the law is no excuse' is al sinds het begin van de negentiende eeuw erkend.²² Dit adagium lijkt onder invloed van deze en andere cultureel verweerzaken afgezwakt. In bepaalde gevallen moet worden erkend, dat het handelen van mensen zodanig verweven is met een bepaalde cultuur dat de overtreding van de strafwet die daaruit kan volgen niet zonder meer strafbaar zou moeten zijn. De mogelijkheid om het adagium te omzeilen is echter niet onbeperkt.²³ In de literatuur wordt een aantal formele criteria gehanteerd die het cultureel verweer in toepassingsbereik moet beperken.

Inperking van het verweer geschiedt ten eerste door ervan uit te gaan dat zij alleen in een multiculturele samenleving kan worden ingeroepen. Mensen die een bepaald normencomplex volgen en onbekend zijn met alle normen van het statelijke recht, bijvoorbeeld omdat ze net in de ontvangende samenleving zijn gevestigd of onvoldoende geïntegreerd zijn, zouden dan een beroep kunnen doen op cultureel ver-

²¹ Zie voor de verhouding cultureel verweer – ignorance of the law is no excuse, D. Taylor 1998.

²² Zie Lyman 1986, p. 89-90, Goldstein 1994, p. 144-146.

²³ Zie Ma 1995, p. 475-476.

weer.²⁴ Niet iedereen kan een dergelijk beroep met succes doen. Cultureel verweer wordt ten tweede beperkt naar subject. Een verweer is alleen mogelijk voor immigranten, vluchtelingen en leden van inheemse groepen.²⁵ Daaraan wordt toegevoegd, dat de cultuur waarin immigranten opgevoed zijn het gedrag moet aanmoedigen of bedreigen met sanctionering als wordt nagelaten te handelen.²⁶ Dit maakt het mogelijk cultureel verweer te erkennen voor gevallen waarin de dader wel op de hoogte was van de strafbaarheid van zijn gedrag, maar zich desondanks verplicht voelde te handelen en de strafwet te overtreden. 'Onwetendheid' wordt dan opgerekt naar het 'negeren',²⁷ naar de situatie dat men wel weet dat het gedrag strafbaar is, maar deze wetenschap terzijde stelt omdat men de norm stelt te moeten volgen. Ten derde wordt cultureel verweer soms beperkt in tijd. Sommige auteurs pleiten voor een vaste periode waarin het verweer kan worden ingeroepen,²⁸ anderen geven aan dat die tijd gekoppeld zou moeten zijn aan de mate van integratie.²⁹

123. Voorgaande eisen zijn *formele* eisen omdat zij het verweer in reikwijdte beperken op basis van op het eerste gezicht objectieve criteria. Een meer inhoudelijke, of *materiële* kijk op cultureel verweer is mogelijk indien we beide begrippen waaruit het verweer is opgebouwd nader bekijken. Allereerst wordt ingegaan op de betekenis van het begrip cultuur. Daartoe wordt gebruik gemaakt van kennis uit de culturele antropologie. De centrale vraag is daarin niet zozeer wat cultuur precies betekent, maar vooral wat de invloed van cultuur is op het handelen. Zouden we de deskundigenrapportage in de zaak tegen Chen moeten geloven, dan zou cultuur ons handelen dusdanig determineren, dat van een vrije keuze geen sprake is.³⁰ Een dergelijke interpretatie van cultuur wordt niet algemeen aanvaard. Dat zou er namelijk op neerkomen, dat elke introductie van cultuur als grondslag van het handelen automatisch tot straffeloosheid zou mogen leiden. Dit wordt een 'my culture made me do it'-claim genoemd,³¹ en in het algemeen afgewezen.

Uitgangspunt van bijvoorbeeld Torry is dat het handelen in sterke mate door cultuur wordt gedomineerd, maar dat die dominantie niet van dien aard is dat van vrije wil geen sprake meer is.³² Renteln noemt de dominantie van cultuur *enculturatie* en geeft aan dat het gedrag van mensen niet volledig is gedetermineerd, maar wel zodanig door cultuur wordt bepaald, dat men de normen van de groep waartoe men behoort, min of meer automatisch volgt.³³ Er is sprake van beïnvloeding. Met enculturatie wordt aangegeven dat cultuur weliswaar van grote betekenis is voor het handelen, maar niet zodanig dat elke vrije keuze onmogelijk is.³⁴ Discussie bestaat over de mate waarin iemand door cultuur beïnvloed wordt. Renteln ziet cultuur vooral als objectieve grootheid waarin wordt gehandeld en culturele normen worden gevolgd, Volpp ziet cultuur eerder als een menselijke constructie die veel veranderlijker is dan Renteln

²⁴ Zie Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 20.

²⁵ Zie Renteln 2002, p. 104, Wiersinga 1996, p. 119.

²⁶ Zie Gallin 1994, p. 723, T. Taylor 1997, p. 344, Sikora 2001, p. 1699.

²⁷ Vlg. 'to ignore' dat ook 'niet willen weten of kennen' betekent.

²⁸ Zie Ma 1995, p. 482-483, DeBenedictis 1992, p. 72.

²⁹ Zie Goldstein 1994, p. 160, Chiu 1994, p. 1100-1101.

³⁰ Zie Volpp 1994, p. 65-72.

³¹ Zie Honig 1999.

³² Zie Torry 1999, p. 146, Wu 2003, p. 984.

³³ Renteln 2004, p. 12, Renteln 1993, p. 445.

³⁴ Zie Van Broeck 2001, p. 5-15.

voorstelt, maar op sommige momenten het handelen wel degelijk kan beïnvloeden en de vrije keuzemogelijkheden kan beperken.³⁵

124. Een meer besproken kant van cultureel verweer is het begrip verweer. Het begrip verweer heeft betrekking op strafrechtelijke thema's. Centraal daarin staan a) de legitimatie van het strafrecht in een multiculturele samenleving, b) het belang van vergelding in het strafrecht en c) schuld als centraal uitgangspunt van het strafrecht.

Ad a) In de eerste plaats wordt gesteld dat de *legitimatie* van het strafrecht afhankelijk is van de acceptatie van aan het strafrecht ten grondslag liggende normen. Uitgangspunt is dat het strafrecht hard kan ingrijpen in het leven van individuen. De straf, vooral de gevangenisstraf, vraagt daarom om een gedegen legitimatie. Maar ook de dwangmiddelen die tijdens het voorbereidend onderzoek worden toegepast, de openbare en daarmee soms als beschamend ervaren terechtzitting en de bestraffing vragen om een nadrukkelijke legitimatie. Dit geldt volgens voorstanders van cultureel verweer ook in het geval berechting van daders van culturele delicten, omdat hetgeen waarvoor zij worden vervolgd, veroordeeld en bestraft niets anders is dan het resultaat van het volgen van bepaalde culturele normen, die door henzelf en de groep waarbinnen zij functioneren volkomen legitiem worden geacht. Een strafrecht dat te hard tegen culturele delicten zou optreden verliest dan zijn geloofwaardigheid bij minderheidsgroepen, hetgeen ook voor de berechting van niet-culturele delicten nadelige consequenties kan hebben.

Wil men door middel van het strafrecht optreden tegen culturele delicten, dan dient ernaar gestreefd te worden dat ook door plegers van culturele delicten het strafrecht (zowel de strafbepalingen als het strafproces) in principe als legitiem wordt ervaren.³⁶ Dat wil zeggen dat zij (ondanks bestraffing) de consequenties van hun handelen accepteren. Het recht zou namelijk effectiever functioneren 'wanneer individuen de onderliggende normen internaliseren tot het punt waarop zij geloven dat het recht de moreel juiste opvattingen belichaamt' die voor de gehele samenleving geldend zouden moeten zijn.³⁷ Het gevolg van deze gedachte is dat het strafrecht wordt voorgesteld als onderdeel van de multiculturele samenleving en zich aan die multiculturaliteit moet aanpassen. Het strafrecht verliest zijn geldigheid, en daarmee de mogelijkheid om effectief tegen regelovertreding op te treden, als het vasthoudt aan de veronderstelling van een cultureel homogene samenleving. In een multiculturele samenleving is het gewenst het strafrecht *cultuurgevoelig* te maken.³⁸

Ad b) In de tweede plaats wordt ervan uitgegaan dat de rechtvaardiging van het strafrecht gelegen is in proportionele *vergelding*. Kenmerkend voor de vergeldingsleer is, dat de straf passend moet zijn bij het feit dat is gepleegd. Van sommige culturele delicten kan weliswaar worden gezegd, dat zij ernstig zijn, maar de culturele context van de gedraging draagt eraan bij dat het disproportioneel zou zijn iemand te straffen voor het feit dat hij enkel zijn culturele normen volgde. In een multiculturele samenleving, zo is de gedachte, moet worden gerespecteerd dat sommige mensen zich anders gedragen dan anderen, omdat zij een andere set normen volgen, gebaseerd op een andere cul-

³⁵ Zie Volpp 1996, p. 1584-1585, Wikan 1999, p. 57-62.

³⁶ Zie Sheybani 1987, p. 782.

³⁷ ... 'when individuals internalize the underlying norms to the point where they believe that the law embodies morally correct views' (Anonymous 1986, p. 1300).

³⁸ Zie Maguigan 1995, p. 46-47, Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34.

tuur. Dit respect moet in het strafrecht tot uitdrukking worden gebracht in een passende straf.³⁹

Ad c) In de derde plaats wordt uitgegaan van de gedachte dat het strafrecht *schuldstrafrecht* is. De rechter moet nagaan in hoeverre een verdachte uit vrije wil heeft gehandeld. Net als in het Nederlandse, wordt ook in het Amerikaanse strafrecht vastgesteld of iemand verwijtbaar heeft gehandeld.⁴⁰ Het idee is dat het handelen op basis van culturele normen leidt tot verminderde of zelfs het totale ontbreken van verwijtbaarheid.⁴¹ Cultureel verweer is bedoeld het verwijt te bepalen op basis van cultuur, dat wil zeggen de normen die men ten tijde van het feit volgde.⁴²

3.2.3 *Vormen van cultureel verweer*

125. In de literatuur over cultureel verweer worden vier varianten onderscheiden, namelijk een formeel en een partieel verweer en een volitief en cognitief cultureel verweer. In deze paragraaf worden deze varianten beschreven. Zij geven de variëteit aan van de mogelijkheden om met culturele verschillen in het strafrecht rekening te houden.

Een formeel cultureel verweer is een apart in het Wetboek van Strafrecht op te nemen verweer, dat bepaalde groepen burgers het recht geeft in te roepen als zij ervan verdacht worden een cultureel delict te hebben gepleegd en daarvoor worden vervolgd. Fischer omschrijft een formeel cultureel verweer als volgt: 'Het staat voor de vooronderstelling dat deze groepen toegelaten moet worden bewijs in te brengen van hun cultureel afhankelijke normen, mores en visies op de wereld in alle juridische procedures zodat zij de omstandigheden waaronder zij hun vermeend criminele activiteiten hebben gepleegd kunnen verklaren.'⁴³ Een formeel cultureel verweer is ten eerste een rechtvaardigingsgrond, omdat het niet gaat om een individuele uitzondering van het cultureel geïnspireerde gedrag, maar om erkenning dat het *gedrag* gerechtvaardigd is.⁴⁴ Cultureel verweer is echter ook een schulditsluitingsgrond, nu dat de vorm is waarmee kan worden aangegeven dat de verdachte geen verwijt kan worden gemaakt voor het volgen van bepaalde culturele normen. Het verweer heeft dus een hybride karakter, waarin betwisting van wederrechtelijkheid én schuld aan de orde kunnen komen. Het zal van de aard van de zaak en de strategie van de verdediging afhangen waarop de meeste nadruk wordt gelegd.

Een partieel cultureel verweer maakt een codificatie van het verweer in een aparte wettelijke bepaling niet nodig, maar gaat ervan uit, dat in het bestaande strafrecht voldoende ruimte is om met culturele verschillen rekening te houden. Een partieel verweer is eerder een strategie van de verdediging om op enig moment in de strafprocedure de culturele achtergrond in de discussie in te brengen in de vorm van een bewijsverweer, een strafmaatverweer of in de vorm van een strafuitsluitingsgrond. Een partieel verweer is dan ook als cultureel verweer pas herkenbaar door de inhoud van het gevoerde verweer. Dit maakt de toepasselijkheid van het verweer complexer, nu vastgehouden wordt aan de bestaande systematiek van het strafrecht. Een voordeel van een

³⁹ Zie Renteln 1993, p. 442, Li 1996, p. 769, T. Taylor 1997, p. 345-346.

⁴⁰ Zie Kim 1997, p. 104-105.

⁴¹ Zie Lyman 1986, p. 88.

⁴² Zie Torry 2000, p. 60, Goldstein 1994, p. 156, Ma 1995, p. 476.

⁴³ 'It stands for the proposition that these groups should be permitted to introduce evidence of their culturally defined norms, mores, and worldviews in all judicial proceedings in order to explain the circumstances regarding their alledges criminal activities' (Fischer 1998, p. 669).

⁴⁴ Zie Rutten 2001, p. 382.

dergelijk verweer is dat zij aansluit bij de bestaande strafrechtelijke systematiek en ingebed is in een wijze van procesvoeren die de professionele procesdeelnemers (zoals rechters, officieren van justitie en advocaten) uit de dagelijkse (Amerikaanse) praktijk gewend zijn.

Vanwege het ontbreken van een formeel cultureel verweer zijn alle verweren die tot nu toe in rechtzaken zijn gevoerd partiële verweren geweest.⁴⁵ In een partieel verweer is straffeloosheid zeker niet automatisch het gevolg. Doordat een partieel verweer ingebed is in de bestaande systematiek is succes nooit van te voren verzekerd: de rechter kan veel kritischer zijn en met behulp van de ontwikkeling van een bepaald leerstuk waarin het partiële verweer is ingebed een verweer beoordelen. Dit heeft ertoe geleid, dat de discussie zich vooral richt op de inhoud van deze verweren. De inhoud van deze verweren moet veranderen als sprake is van een partieel cultureel verweer. Tevens blijkt ook dat in een partieel verweer de nadruk vooral ligt op de persoon van de verdachte, waardoor dit verweer lijkt op een schulduitsluitingsgrond. Ik kom hier op terug.

126. Naast voorgaand onderscheid wordt ook onderscheid gemaakt in de wetenschap van overtreding van de strafwet. Het cultureel verweer kan een volitief of een cognitief verweer zijn. Van een cognitief verweer is sprake als de verdachte claimt dat hij geen weet had van de strafbaarheid van het gedrag, omdat het gedrag in zijn eigen cultuur niet strafbaar is.⁴⁶ Een dergelijk verweer wordt vooral toegepast op wetsdelicten, waarbij het vooral gaat om ordeningsdelicten die vaak dermate complex zijn, dat niet gezegd kan worden dat iemand (uit een andere cultuur) ze direct kan vatten.⁴⁷ Introductie van een cognitief cultureel verweer ligt in de rede wanneer het gaat om overtreding van bijzondere wetten. Ik heb echter aangegeven dat ik de discussie beperk tot de zwaarste categorie strafbare feiten.⁴⁸ Daarop heeft een cognitief cultureel verweer veelal geen betrekking.⁴⁹

Naast een cognitief cultureel verweer wordt ook gesproken van een volitief cultureel verweer. Bij volitieve verweren wordt niet ontkend dat het *gedrag* onrechtmatig was, maar aangegeven dat er bijzondere omstandigheden waren waarom de verdachte meende de strafwet te moeten overtreden.⁵⁰ Die bijzondere omstandigheden zijn de culturele normen die de verdachte stelde te moeten volgen die dermate dwingend zouden zijn, dat daarvan niet kon worden afgeweken. Hier wordt niet gesteld, dat de normen van hogere orde zijn, maar aangegeven dat de invloed van die normen een keuze om de strafwet te volgen niet mogelijk maakte. Een volitief verweer heeft dus vooral betrekking op de persoon van de verdachte. Het verweer kan betrekking hebben op het ontbreken van schuld, maar ook op het ontbreken van wederrechtelijkheid als gevolg van bijzondere concrete de persoon van de verdachte betreffende omstandigheden. We kunnen dan spreken van een *individualiseerbare* rechtvaardigingsgrond, waarmee weliswaar de onrechtmatigheid wordt geïndividualiseerd door de rechtmatigheid in de context van een concreet geval te plaatsen. Soms wordt een volitief verweer ruimer uitgelegd. Dan wordt het gedrag gerechtvaardigd geacht, omdat het gedrag uiting is van een set normen die in een multi-culturele samenleving moet worden

⁴⁵ Zie D. Taylor 1998, p. 458.

⁴⁶ Zie Renteln 1993, p. 439.

⁴⁷ Zie Siesling 2006, p. 108.

⁴⁸ Zie hoofdstuk 1, nr 9.

⁴⁹ Zie ook hoofdstuk 2, nr. 91.

⁵⁰ Zie Renteln 1993, p. 439.

aanvaard. De nadruk ligt dan niet op de individuele situatie, maar op de normen van de groep en de noodzaak die normen te erkennen.⁵¹

3.2.4 Varianten van een partieel (volitief) cultureel verweer

127. Als we cultureel verweer als volitief partieel verweer nader uitwerken, dan volgt hieruit, dat niet gekeken moet worden naar de mogelijkheid van een in het Wetboek van Strafrecht in te voeren strafuitsluitingsgrond maar naar mogelijkheden om in het bestaande strafrecht ruimte te bieden voor culturele achtergronden. Gegeven het beslissingsmodel van artikel 350 Sv betekent dit dat de vraag of een partieel cultureel verweer ingevoerd kan worden, bekeken moet worden of bij de bewijsvraag, de rechtvaardigingsgronden, de schulditsluitingsgronden en tenslotte en de strafmaat-motivering mogelijkheden bestaan om met culturele verschillen rekening te houden.⁵²

128. In de eerste plaats wordt cultureel verweer opgevat als bewijsverweer. De bedoeling is aan te tonen dat de ten laste gelegde gedraging niet bewezen kan worden, omdat de verdachte bijvoorbeeld het opzet ontbeerde dat voor de betreffende gedraging nodig is om tot een bewezenverklaring te komen.⁵³ Met opzet wordt in de Amerikaanse discussie nogal eens de intentie van de verdachte vereenzelvigd, waardoor inzicht moet worden verschaft in het motief van de verdachte.⁵⁴ Wanneer duidelijk wordt dat dit motief cultureel is gekleurd, dat wil zeggen dat er werd gehandeld omdat bepaalde culturele normen moesten worden gevolgd, dan dient de rechter daarmee rekening te houden. De kern van het verweer is dat cultuur dus wordt gebruikt als bewijs, dat het handelen niet correspondeert met die intentie die nodig is om tot bewezenverklaring te kunnen komen. Hier ontbreekt met andere woorden de vrije wil om zelfstandig keuzes te maken, die noodzakelijk is om de benodigde vorm van opzet te kunnen bewijzen. Een dergelijke nadruk op intentie en motief is het Nederlandse strafrecht vreemd (behalve bij het bewijs van oogmerk), gezien de dominante rol van het voorwaardelijk opzet, waardoor deze Amerikaanse opvattingen weinig waarde hebben. Echter, wanneer we de discussie loskoppelen van de betekenis van opzet dan betekent de introductie van cultureel verweer dat *cultureel bewijs* mag worden aangedragen en door de rechter gebruikt *moet* worden ten behoeve van de bewezenverklaring of bijvoorbeeld kan worden gebruikt bij beoordeling van een beroep op een strafuitsluitingsgrond.⁵⁵ Veronachtzaming van de aangedragen bewijzen zou onacceptabel zijn. De rechter dient het aangedragen bewijs serieus te nemen, onderdeel te maken van het debat en desnoods met behulp van deskundigen na te gaan in hoeverre de claim van de verdachte juist is.⁵⁶

⁵¹ Zie verder nrs. 152-153 in dit hoofdstuk.

⁵² Zie over art. 350 Sv hoofdstuk 2, nr. 59. Ik moet erbij vermelden dat in het Amerikaanse strafrecht wel wordt gesproken over schulditsluitingsgronden en rechtvaardigingsgronden, maar het te ver gaat deze op gelijke voet te stellen met het Nederlandse doctrinaire onderscheid daarin. Cultureel verweer wordt, zoals Siesling aangeeft, meestal opgevat als bewijsverweer. Dat hangt samen met de aard van het Angelsaksische strafrecht, waarvan de verschillende strafrechtelijke stelsels in de Verenigde Staten een voorbeeld zijn. Zie over het Amerikaanse strafrecht in relatie tot cultureel verweer Siesling 2006, p. 98-102.

⁵³ Zie Levine 2003, p. 49-50.

⁵⁴ Zie T. Taylor 1997, p. 348-350, Renteln 1993, p. 443-444, Sheybani 1987, p. 762-768.

⁵⁵ Zie Volpp 1994, p. 91, 95.

⁵⁶ Zie Kim 1997, p. 125.

129. In de tweede plaats wordt cultureel verweer soms opgevat als rechtvaardigingsgrond, zij het dat alleen bepaald gedrag gerechtvaardigd wordt geacht. Dit betekent bijvoorbeeld in het Amerikaanse strafrecht dat een beroep op provocatie geaccepteerd kan worden.⁵⁷ Provocatie wordt gezien als een gerechtvaardigde reactie op een schending van eer, welke reactie binnen redelijke grenzen plaatsvindt. Zij is een reactie die iedere redelijke persoon in de gegeven omstandigheden zou doen. Sing meent dat het concept redelijkheid in dit verband bepaald wordt door de cultuur waarin men is opgegroeid. 'De provocatie maakt het handelen van de verdachte gerechtvaardigd (...) omdat dat cultureel is beïnvloed en daarmee rationeel.'⁵⁸ Sing behoort tot de weinigen die een dergelijke rechtvaardigingsgrond in verband brengt met cultureel verweer.

130. De meeste auteurs stellen namelijk dat het cultureel verweer gericht is op het aandragen van argumenten waarom het culturele delict niet uit vrije wil is gepleegd. Dit brengt me op de derde mogelijkheid. Cultureel verweer wordt dan opgevat als schulditsluitingsgrond. Hier wordt dezelfde argumentatie gebruikt bij het opzet, zodat daarnaar verwezen kan worden. Aanvullend hierop wordt aangegeven, dat inzicht moet worden verschaft in de relatie tussen schuld (in de zin van verwijtbaarheid) en het gepleegde culturele delict. De vraag is dan wat de achtergrond is van de gedraging van de verdachte. In de bekende zaak tegen Fumiko Kimura bracht de verdachte haar kinderen om het leven omdat zij van oordeel was dat er geen andere uitweg was na het nieuws van het overspel van haar echtgenoot.⁵⁹ Voorstanders van een partieel cultureel verweer stellen dat hier sprake is van een andersoortig verwijt dan in het geval de vrouw haar kinderen zou ombrengen uit wraak.⁶⁰ Van wraak was, zo stellen voorstanders van het partiële verweer bij Kimura geen sprake: zij volgde enkel haar de naar Japanse gewoonte geëigende weg.⁶¹ Ook over de zaak tegen Kong is een dergelijke opmerking mogelijk. Hij ontvoerde en verkrachtte Seng Xiong niet uit wellust maar om met haar te kunnen trouwen en van oordeel was dat dit de juiste manier was om het huwelijk af te dwingen.

Een complicatie is echter dat de schulditsluitingsgronden die hiervoor worden gebruikt, worden geobjectiveerd, ofte wel onvoldoende met in achtname van de persoon van de verdachte worden beoordeeld.⁶² Voorstanders van een partieel cultureel verweer zijn van mening dat niet een formeel verweer hiervoor de oplossing is, maar dat aanpassing van de bestaande dogmatiek noodzakelijk is. De strategie die hiertoe wordt toegepast wordt door Levine de strategie van het *culturele vereiste* genoemd. Op basis hiervan wordt ervan uitgegaan dat gedrag in overwegende mate door cultuur wordt beïnvloed. Een dergelijke *enculturatie* draagt eraan bij dat het bijzonder lastig wordt schuld te bepalen op basis van het strafrecht van de ontvangende samenleving. Alleen door kennis te vergaren van de cultuur van de verdachte kan aangegeven worden of er sprake is van een verwijt, op grond waarvan kan worden vastgesteld welke straf zou moeten volgen. Als de verdachte kan aantonen dat het gedrag in de betreffende cultuur een *vereiste* is om te kunnen functioneren binnen de groep, dan dient dat vereiste in ogenschouw worden genomen. Want dat vereiste zorgt voor een sterke

⁵⁷ Zie Wu 2003, p. 992, Suri 2000, p. 117.

⁵⁸ 'The provocation defendant's actions are excusable (...) because they were culturally influenced and therefore rational' (Sing 1999, p. 1874).

⁵⁹ Zie Woo 1989.

⁶⁰ Zie Kim 1997, p. 134. Zie ook Levine 2003, p. 62, Goldstein 1994, p. 156.

⁶¹ Zie Matsumoto 1995, p. 523-524.

⁶² Zie Renteln 2004, p. 15.

druk om de normen van de betreffende cultuur te volgen. Die druk is van dien aard dat daaraan, bezien vanuit de cultuur van de verdachte, wellicht geen weerstand kon worden geboden.⁶³

131. Tenslotte kan cultureel verweer ook worden toegepast als strafverlagingsgrond. De reden hiervoor is gelegen in de vergeldingsgedachte, die hierboven werd geformuleerd, maar ook in het respect voor het individu dat wordt gestraft.⁶⁴ Respect betekent dat alleen zij die volledig verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het feit dat zij hebben gepleegd de maximale straf mogen krijgen. Zij die minder verwijt treffen, moeten minder worden gestraft. Voorstanders van cultureel verweer zien in de strafmaat de laatste mogelijkheid om met culturele verschillen rekening te houden. Indien de culturele achtergrond de verdachte niet zodanig determineert dat straffeloosheid moet volgen, bijvoorbeeld omdat meer factoren een rol speelden en de culturele achtergrond een onvoldoende prominent motief is geweest voor het plegen van het feit, kan in de strafmaat uitdrukking worden gegeven aan het respect voor cultuur. Door Matsumoto is aangedrongen op een geformaliseerde erkenning van cultuur bij de strafmaatmotivering. Wanneer sprake is van een cultureel delict dient een lagere straf te volgen, omdat cultuur zo diep ingrijpt in het leven van mensen dat de ontvangende samenleving er alles aan moet doen 'om de cultuur van de verdachte in de bestraffing van een verdachte mee te wegen omdat dit helpt bij de verklaring van de achtergronden waaronder het feit gepleegd is en een meer toepasselijke straf kan worden opgelegd.'⁶⁵ Gemitigeerde bestraffing is wenselijk om te voorkomen, dat de veronderstelling ontstaat dat elk cultureel delict acceptabel is. Er wordt weliswaar recht gedaan aan individuele rechtvaardigheid, maar ook aan de noodzaak tot bestraffing en handhaving van bepaalde, gevestigde normen. Meer concreet betekent dit volgens Renteln dat slachtofferloze delicten onbestraft mogen blijven wel verwijtbaar strafbaar is gehandeld.⁶⁶

3.2.5 Conclusie

132. In deze paragraaf heb ik in de eerste plaats getracht een omschrijving te geven van het concept cultureel verweer. Ik heb onderscheid gemaakt tussen een formele en een materiële kant van het verweer. Een formele omschrijving van het verweer geeft niet aan wat de inhoud van het verweer is, maar bakent het verweer af naar type staat, type persoon en aard van het delict. Een cultureel verweer kan worden ingeroepen door immigranten, vluchtelingen en inheemse groepen waartoe de verdachte behoort en heeft betrekking op gedrag dat wordt aangemoedigd of gedoogd, in ieder geval is toegelaten, naar het recht van de betreffende groep. Bij de materiële kant wordt uitleg gegeven over cultuur en verweer. Hier hebben we gezien dat cultuur in sterke mate het handelen zou beïnvloeden en zelfs onontkoombaar is voor elk individu. Het verweer is mogelijk vanwege de vergeldingsgedachte, het feit dat het strafrecht alleen legitiem zou zijn als het in een multiculturele samenleving door de gehele bevolking legitiem wordt geacht, en omdat het strafrecht schuldstrafrecht is waarin de vrijheid van

⁶³ Zie Levine 2003, p. 66.

⁶⁴ Zie Gomez 1994, p. 358.

⁶⁵ ...'to consider a defendant's 'culture' in the sentencing phase of a case as it may aid in explaining their motivations for committing a crime and affix a more appropriate punishment' (Matsumoto 1995, p. 538).

⁶⁶ Renteln 1993, p. 500. Zie ook Anonymous 1986, p. 1309.

handelen centraal staat. De gedachte is dat cultuur het gedrag dermate beïnvloedt dat de vrijheid van handelen daardoor niet automatisch vastgesteld kan worden. Het verweer is dan ook mede bedoeld om aan te geven dat handelen op basis van een bepaalde cultuur de vrije wil kan ontnemen en staffeloosheid dan zou moeten volgen, of dat een verminderd verwijt aannemelijk is en dus een lagere, proportionele, straf kan worden opgelegd.

3.3 Argumenten voor en tegen cultureel verweer

3.3.1 *Argumenten voor cultureel verweer*

133. Er worden drie argumenten gegeven voor cultureel verweer, namelijk het garanderen van individuele rechtvaardigheid, respect voor culturele diversiteit en vergroting van de accuratesse van het strafrecht en strafrechtelijke begrippen. De eerste reden waarom cultureel verweer, zowel in formele als in partiële zin, zou moeten worden erkend, is uit respect voor individuele rechtvaardigheid.⁶⁷ Daarvan kan alleen sprake zijn indien bestraffing op maat geschiedt en rekening wordt gehouden met de invloed van cultuur op het handelen. Disproportionele bestraffing, waarin geen rekening gehouden wordt met culturele verschillen, moet vanuit het idee van individuele rechtvaardigheid worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de vaststelling van het verwijt zonder te erkennen dat aansprakelijkheid van personen verschilt wanneer het gedrag cultureel bepaald is.⁶⁸

Individuele rechtvaardigheid is ook op buitenstrafrechtelijk niveau van belang. Het niet erkennen van de culturele bepaaldheid van het handelen kan ertoe leiden dat de culturele identiteit van de verdachte wordt miskend. Miskenning van die identiteit, maar ook van de cultuur die daarvoor in belangrijke mate betekenis geeft, is in strijd met het internationale recht, zoals het recht om op basis van de eigen culturele tradities te handelen (bijvoorbeeld artikel 27 IVBPR).⁶⁹ Tevens is miskenning van die tradities miskenning van de rijkdom die zij aan de ontvangende samenleving kunnen bieden.⁷⁰

Tenslotte betekent individuele rechtvaardigheid ook het bevorderen van gelijkheid.⁷¹ Gelijkheid moet niet worden opgevat als formele gelijkheid, dat wil zeggen 'gelijke monniken, gelijke kappen'. Formele gelijkheid gaat ervan uit dat iedereen dezelfde rechten en plichten heeft en geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillen tussen mensen. Voor het recht is iedereen gelijk, dat wil zeggen *rechtssubject*, dat als masker fungeert voor de mens als wezen van vlees en bloed. Dat masker is voor iedereen identiek. Gelijkheid wordt door voorstanders van cultureel verweer echter opgevat als materiële gelijkheid, dat wil zeggen gelijkheid naar de mate van gelijkheid, en ongelijkheid naar de mate van ongelijkheid. Niet ieder subject dient in deze interpretatie van gelijkheid op dezelfde wijze te worden behandeld als ieder ander. De mens wordt van het masker ontdaan. Indien bijzondere redenen bestaan om iemand ongelijk te behandelen, zodat het *resultaat* van die behandeling *gelijk* is aan de uitkomst van de behandeling van ieder ander, dan dienen ongelijke gevallen ongelijk te worden behandeld.⁷² Ten aanzien van cultureel verweer betekent dit dat de toepassing daarvan

⁶⁷ Zie Anonymous 1986, p. 1298.

⁶⁸ Zie Chiu 1994, p. 1097, Gomez 1994, p. 361, Goldstein 1994, p. 157-158.

⁶⁹ Zie Renteln 2004, p. 213.

⁷⁰ Zie Sams 1986, p. 350.

⁷¹ Zie Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34-35, Sacks 1996, p. 530.

⁷² Zie Loenen 1998, p. 11.

voor een beperkte groep van personen noodzakelijk is om de ongelijke positie, die zij in het strafrecht ten opzichte van de rest van de samenleving innemen, te *compenseren*.⁷³

Ongelijkheid komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de veronderstelling dat het strafrecht gebaseerd is op 'eurocentrische' waarden van de dominante groep, waarin geen rekening wordt gehouden met minderheden.⁷⁴ Cultureel verweer draagt bij aan een strafrecht dat rechtvaardig is voor iedereen, door aan hen die geen invloed hebben gehad op de omschrijving van de strafbaarstelling extra bescherming te bieden. Ongelijkheid ontstaat in de tweede plaats door de onkunde over het geldende recht.⁷⁵ Allochtonen zijn in tegenstelling tot autochtonen niet of onvoldoende op de hoogte van de concrete betekenis en reikwijdte van een bepaalde norm of van de omvang van een strafuitsluitingsgrond. Cultureel verweer verhoogt individuele rechtvaardigheid (en dus materiële gelijkheid) door immigranten de tijd te geven de normen van de ontvangende samenleving te leren kennen.⁷⁶ Zolang dat niet het geval is, of onvoldoende is aangetoond dat met culturele verschillen rekening wordt gehouden, hebben immigranten, vluchtelingen en inheemse groepen recht op cultureel verweer.

134. Een tweede argument voor cultureel verweer betreft het respect voor de culturele diversiteit van de samenleving. Cultureel pluralisme als *fait* (multiculturaliteit) wordt gevolgd door de erkenning van cultureel pluralisme als *norm* (multiculturalisme).⁷⁷ De reden daarvan ligt in de wenselijkheid de samenleving 'levendig' te houden en open te laten staan voor veranderingen die als gevolg van immigratieprocessen ontstaan. Tevens is erkenning van de norm gewenst omdat zij een mogelijkheid biedt de samenleving te beschermen tegen het 'despotisme' van een homogene samenleving.⁷⁸ Een homogene samenleving is per definitie een samenleving die individuele zelfontplooiing onmogelijk maakt, omdat elk individu wordt gedwongen zich te conformeren aan een reeds bestaande set van normen en tradities, waaraan niet mag worden gesleuteld. Conformatie aan die normen zal vooral immigranten, vluchtelingen en inheemse groepen treffen en hen kunnen doen besluiten zich terug te trekken in de eigen groep en elk contact met de ontvangende samenleving willen vermijden. Indien de samenleving culturele diversiteit omarmt, zou dat tot een snellere acceptatie van bepaalde gemeenschappelijke normen kunnen leiden die het samenleven mogelijk moet maken en waarin 'interculturele conflicten' kunnen worden vermeden.⁷⁹ Kortom: cultureel verweer is noodzakelijk om een stabiele samenleving te garanderen, waarin respect, zelfs 'empathie' getoond wordt voor culturele verschillen en 'criminalisering' van andere culturen wordt vermeden.⁸⁰

135. Een derde argument voor cultureel verweer betreft de verbetering van de accurate van het rechterlijk oordeel. Daarmee wordt door voorstanders van een formeel cultureel verweer bedoeld op het in een (individuele) strafzaak kunnen introduceren van cultuur, zonder die introductie te vertalen in een bestaand strafrechtelijk verweer. Een dergelijke vertaling zou namelijk ten koste gaan van de argumenten die worden

⁷³ Zie Anonymous 1986, p. 1301, Chiu 1994, p. 1097.

⁷⁴ Zie Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34.

⁷⁵ Zie Anonymous 1986, p. 1299, Wu 2003, p. 986.

⁷⁶ Zie Goldstein 1994, p. 157.

⁷⁷ Zie Sikora 2001, p. 1708.

⁷⁸ Zie Anonymous 1986, p. 1300-1301.

⁷⁹ Zie Anonymous 1986, p. 1305.

⁸⁰ Zie Magnarella 1991, p. 77, Li 1996, p. 770, Ma 1995, p. 475.

aangedragen, vooral omdat de bestaande verweren objectiveren en dus nooit volledig het perspectief van de verdachte en diens cultuur kan weergeven.⁸¹ Objectiviteit is echter een middel om immigranten te conformeren aan een bepaalde normen. Dat getuigt echter van weinig respect.

Voorstanders van een partieel cultureel verweer stellen accuratesse eveneens voorop en menen dat er weliswaar met behulp van bestaande verweren (bijvoorbeeld strafuitsluitingsgronden) de mogelijkheid bestaat om culturele achtergronden te introduceren maar dat de verweren worden uitgelegd op basis van de culturele normen van de verdachte. Een verweer mag dus niet worden geobjectiveerd, dat wil zeggen worden ontdaan van de culturele context van de verdachte.⁸² Dit kan onder andere worden geïllustreerd aan de hand van de beoordeling van psychische overmacht, in Angelsaksisch recht *duress* geheten. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat voor psychische overmacht noodzakelijk is aan te tonen dat ten tijde van het delict een dusdanige druk bestond waaraan de verdachte *in redelijkheid* geen weerstand kon bieden. Het concept redelijkheid objectiveert de beoordeling van psychische overmacht, doordat de persoonlijke omstandigheden worden getoetst aan wat de 'redelijke persoon'⁸³ in hetzelfde geval zou hebben gedaan. Zou ook de redelijke persoon het feit hebben gepleegd, dan was de reactie redelijk en is er sprake van psychische overmacht.

In kritiek hierop wordt aangegeven dat de redelijke derde een autochtone man is met een zeker opleidingsniveau en elk gedrag daaraan wordt getoetst. Voorstanders van een partieel cultureel verweer stellen dat dit ongewenst is en redelijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van de cultuur van de verdachte.⁸⁴ Daardoor kan een beter beeld worden gekregen van de mogelijkheden die de verdachte had ten tijde van het delict en op een accuratere wijze een passende straf worden gegeven. Accuratesse is vooral noodzakelijk in het licht van proportionele vergelding. Vergelding kan alleen dan proportioneel zijn als inzicht wordt verschaft in alle relevante factoren die hebben bijgedragen aan het delict, zonder die factoren te objectiveren.

136. Dit laatste aspect van cultureel verweer is van belang. De gedachte dat het strafrecht, hoewel wellicht mogelijkheden biedend voor culturele verschillen, te veel geneigd is die culturele verschillen te objectiveren en dus niet helemaal mee te wegen, maar slechts in zoverre die gedraging of de reactie van de verdachte op zichzelf gesproken redelijk is, zou tot onrechtvaardige bestraffing leiden, die in strijd is met de vergeldingsgedachte.

Wat redelijk is, wordt op verschillende manieren uitgewerkt, maar objectiveert in ieder geval de subjectieve gevoelens en opvattingen van de verdachte, tenzij men de redelijkheid afhankelijk stelt van wat in een bepaalde cultuur redelijk is. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat ook Nederlandse auteurs bereid zijn om iets te subjectiveren⁸⁵ maar uiteindelijk wordt altijd gezocht naar een norm die allochtonen en autochtonen moet binden en waaraan ieders gedrag beoordeeld wordt. Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt onder andere het recht op leven als een gemene deler worden gebruikt.⁸⁶

⁸¹ Zie Sacks 1996, p. 530-531, Sikora 2001, p. 1707.

⁸² Zie Renteln 2004, p. 15.

⁸³ Zie Sacks 1996, p. 530, Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34-35, Yen 2000, p. 20.

⁸⁴ Zie Magnarella 1991, p. 77-78.

⁸⁵ Hoofdstuk 2, nr. 90.

⁸⁶ Hoofdstuk 2, nrs. 68-70.

Aanhangers van cultureel verweer zweren die gemene deler af en stellen voor het handelen volledig subjectief te beoordelen.⁸⁷ Dit betekent of volledige uitbanning van het statelijke strafrecht bij de beoordeling van culturele delicten (formeel cultureel verweer) of subjectivering van de toepassing van bestaande strafuitsluitingsgronden (partieel cultureel verweer). Hoewel de methode verschilt, is het effect hetzelfde, namelijk ontzegging van volledige zeggingskracht van het geldende strafrecht op cultureel geïnspireerde handelingen van bepaalde groepen van personen. Voorstanders van een partieel verweer kunnen hier nog het idee geven dat dit niet altijd tot straffeloosheid leidt. Het verweer geldt immers alleen indien het gedrag op basis van het geldende recht van migranten, vluchtelingen of inheemse groepen tot straffeloosheid moet leiden. Zou dit niet het geval zijn, dan dient (proportioneel) te worden gestraft.⁸⁸ De vraag is echter wanneer door de verdachte verwijtbaar is gehandeld. Daarvoor zal niet gekeken worden naar de inhoud en uitwerking van het leerstuk naar Nederlands recht, maar inzicht moeten worden verschaft in een vergelijkbare theorie in het voor immigranten geldende recht. Ook hier wordt het statelijke (positieve) recht, en de leerstukken die daarvan deel uitmaken, buitenspel gezet.

3.3.2 *Argumenten tegen cultureel verweer*

137. De argumenten tegen cultureel verweer proberen de argumenten die voor cultureel verweer gebruikt zijn te ontcrachten. Voor de helderheid volg ik de structuur van de vorige subparagraaf. Ten eerste wordt aangegeven dat individuele rechtvaardigheid niet wordt bereikt. Individuele rechtvaardigheid is wellicht op de dader van toepassing, maar niet op het slachtoffer van het gepleegde delict. ‘Het is belangrijk aan te geven dat het cultureel verweer alleen ten aanzien van één partij rechtvaardigheid verzekert – de verdachte.’⁸⁹ In kritiek op de zaak tegen Dong lu Chen, maar ook tegen die van Kong Muoa, werd gesteld, dat het slachtoffer een totaal ondergeschoven positie had. Vooral in de zaak tegen Chen lijkt het erop, dat Chen als *slachtoffer* wordt voorgesteld door het optreden van zijn vrouw. Dat zij door Chen’s handelen was komen te overlijden, is weliswaar problematisch maar de nadruk ligt in deze zaak uiteindelijk bij Chen en de problemen die *hij* ondervond nadat *hij* van het overspel van zijn vrouw had overgenomen.⁹⁰ Verschillende auteurs maken bezwaar tegen een dergelijke, vrouw-onvriendelijke redeneertrant en stellen dat cultureel verweer ertoe leidt dat bepaalde (allochtone) vrouwen minder worden beschermd. In een samenleving die zich heeft geëngageerd tegen geweld van mannen tegen vrouwen mag een cultureel verweer volgens hen niet gebruikt worden om dit beleid te ondermijnen.⁹¹

138. In de tweede plaats is een recht op cultuur niet vanzelfsprekend en ongelimiteerd. De bepaling van artikel 27 IVBPR roept nogal wat vragen op. Zo wordt bijvoorbeeld gesteld, dat de bepaling beperkt kan worden, net als alle andere grondrechten.⁹² Artikel 27 IVBPR kent als complicatie dat niet volledig duidelijk is wie adressaat

⁸⁷ Zie Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34–35.

⁸⁸ Zie Renteln 1993, p. 490–491, Renteln 2004, p. 188.

⁸⁹ ‘[I]t is significant to note that the cultural defense only ensures fairness to one party – the defendant’ (Mendelsohn 2004, p. 1021).

⁹⁰ Zie Volpp 1994, p. 74.

⁹¹ Zie Sikora 2001, p. 1709, Sacks 1996, p. 534–535, Coleman 1996, p. 1151–1152, Gallin 1994, p. 743, Rimonte 1991, p. 1321–1322. Zie Wu 2003, p. 898, T. Taylor 1997, p. 359 in relatie tot kinderdodig.

⁹² Zie Meijknecht 2001, p. 258. Anders: Thornberry 1991, p. 169.

is van het recht: het individu of de groep?⁹³ Critici van een formeel cultureel verweer stellen dat de nadruk op het groepsaspect van het verweer uiteindelijk ten koste gaat van het individu.⁹⁴ Wanneer ervan wordt uitgegaan dat een individu in belangrijke, zo niet overheersende mate wordt beïnvloed door de cultuur van een groep, dan leidt erkenning van een cultureel verweer niet alleen tot straffeloosheid van het individu, maar ook tot bescherming van de groep. Die bescherming komt erop neer, dat niet wordt gekeken naar individuele aansprakelijkheid, maar alleen naar de acceptatie van de norm van de groep in de ontvangende samenleving. Op het eerste gezicht leidt deze collectivisering (waarbij de aansprakelijkheid van het individu wordt gekoppeld aan de norm van de groep waartoe de verdachte behoort waardoor niet het handelen maar de norm ter discussie komt te staan) tot straffeloosheid van het individu, mits vastgesteld kan worden dat hij lid is van die groep. Het individu wordt dan echter opgesloten in de normen van een bepaalde groep en van de interpretatie van de cultuur en daarbij horende normen van die groep.⁹⁵ Dat lijkt voor een verdachte weinig problematisch te zijn, hij gaat immers vrijuit, maar daarmee worden volgens critici twee gevaren over het hoofd gezien.

139. Ten eerste stellen zij dat nadruk op cultuur en groepen door de ontvangende samenleving niet hoeft te leiden tot respect voor cultuur. Cultureel verweer kan ook worden erkend om groepen juist van de samenleving apart te zetten. Hierdoor wordt geen respect geboden voor culturele verschillen. Multiculturaliteit wordt erkend, maar de samenleving wordt opgedeeld in compartimenten met eigen recht waarin de overheid geen bemoeienis heeft. Fournier spreekt van *gettovorming*,⁹⁶ omdat het effect van deze afscheiding weliswaar voordelig lijkt, individuen worden alleen op basis van eigen groepsrecht beoordeeld, maar dat kan ertoe leiden dat de bescherming die dat recht, zowel het formele als materiële recht, biedt niet op deze groepen van toepassing is.⁹⁷

Ten tweede hebben critici van een bepaalde interpretatie van een minderheidscultuur niet de mogelijkheid zich tegen die interpretatie te verzetten. Gesteld wordt dat de interpretatiemacht in handen ligt van de dominante meerderheid van de groep.⁹⁸ Erkenning van cultureel verweer zal dan tot gevolg hebben dat hun interpretatie van cultuur beschermd wordt. Het gevolg hiervan is bestendiging van een stereotype beeld van cultuur, die ten koste gaat van minderheden binnen een groep en elke discussie binnen die groep onmogelijk maakt. Zoals Chiu stelt: 'Sommige stemmen worden tot zwijgen gebracht ten voordele van andere.'⁹⁹ De kans bestaat dat de verdachte die een beroep doet op cultureel verweer gedwongen wordt in te stemmen met een bepaalde interpretatie van zijn cultuur om voor het verweer in aanmerking te komen.¹⁰⁰ Een

⁹³ Zie Donders 2002, p. 171-172.

⁹⁴ Zie Rivera 1994, p. 251, Chiu 1994, p. 1101, Maguigan 1995, p. 36, 49, 52, Volpp 1996, p. 1589.

⁹⁵ Zie Galenkamp 2002b, p. 188. Galenkamp stelt dat het gevaar van cultureel verweer is onderscheid te maken tussen 'wij' modernen en 'zij' traditionellen, dus het overdrijven van het verschil tussen allochtonen en autochtonen. Galenkamp noemt dit een 'monolithische en eenduidige visie op minderheidsculturen', die de 'grote verschillen in opvattingen en leefwijzen onder de in Nederland woonachtige' allochtonen 'miskent'. Ze wijst daarbij op Galenkamp 1998c, p. 45. Zie ook Snel 2003, p. 16-17.

⁹⁶ Fournier 2002. Zie ook Crockett 2006, p. 684.

⁹⁷ Zie Brevli 1997, p. 683, Holmquist 1997, p. 68, Briggs en Mantini-Briggs 2000, p. 306, 326.

⁹⁸ Zie Kim 1997, p. 112, Volpp 2000, p. 96, Volpp. 2001, p. 1187-1192, Sacks 1996, p. 543.

⁹⁹ 'Some voices are silenced in the privilege of others' (Chiu 1994, p. 1099).

¹⁰⁰ Zie Kim 1997, p. 112, Yen 2000, p. 20-22.

eenmaal erkend cultureel verweer beschermt namelijk alleen een bepaalde interpretatie van cultuur, zoals in de zaak Kong Muoa. Onduidelijk in deze zaak was in hoeverre de gegevens die de verdachte aandroeg ook daadwerkelijk de algemeen aanvaarde opvattingen over 'zij poi nam' waren, of enkel een interpretatie daarvan betrof die Kong kon gebruiken om onder strafbaarheid uit te komen. Aanhangers van cultureel verweer lijken een dergelijke strategisch gebruik van cultuur echter te miskennen. Cultuur kan, zoals ik in hoofdstuk 5 zal illustreren,¹⁰¹ ook worden gehanteerd als middel om beter voor de dag te komen zodat bij de beoordeling in strafuitsluitende of strafverminderende zin met cultuur rekening wordt gehouden, terwijl afgevraagd kan worden of hier sprake is van een dermate sterke beïnvloeding door cultuur dat men niet uit vrije wil heeft gehandeld. Strategische keuzes duiden er echter op dat juist wel uit vrije wil is gehandeld, maar dat daarmee onvoldoende rekening wordt gehouden.¹⁰² Dit brengt me op een volgend punt.

140. Zoals aangegeven beweren voorstanders van cultureel verweer dat het bedoeld is ter bescherming van de culturele diversiteit van de samenleving. Het verweer zou helpen bij het bestrijden van criminalisering van andere culturen en het respect voor de verschillende culturen vergroten. Hiertegen wordt ingebracht dat de erkenning van cultureel verweer gepaard met een verkeerde interpretatie van cultuur. Deze gaat ervan uit dat het handelen dermate door cultuur wordt beïnvloed, dat dit kan leiden tot het ontbreken van een vrije wil. Cultuur wordt in deze interpretatie gezien als een objectieve grootheid, die wellicht zelf kan veranderen, maar waarop individuen geen invloed hebben. Deze interpretatie van cultuur staat niet alleen onder druk vanuit de antropologie,¹⁰³ voor toepassing van cultureel verweer leidt zij tot een paradoxale situatie.

De koppeling tussen cultuur en strafbare feiten kan ertoe leiden, dat allochtone verdachten *sneller* strafbaar zijn. Om cultureel verweer te erkennen zal moeten worden aangetoond dat de gedraging kan worden gedefinieerd als cultureel delict.¹⁰⁴ Als is vastgesteld dat de gedraging een cultureel delict is, kan met behulp van de culturele normen waarop dit gedrag is gebaseerd worden nagegaan hoe het gedrag er precies uit heeft gezien. Zeker wanneer de betekenis van gedrag wordt bepaald door de normen van een cultuur, kan – als vaststaat wat de normen zijn waarnaar moet worden gehandeld – vrij eenvoudig worden nagegaan hoe is gehandeld. Ieder individu volgt immers die culturele normen en zal daaromtrent geen eigen interpretatie kunnen ontwikkelen. Met behulp van die normen kan echter niet alleen het gedrag vastgesteld worden, ook kan een vertaling naar het strafrecht worden gemaakt. Die vertaling is echter een subjectieve vertaling, aangezien alleen wordt gekeken naar de normen van die groep.

Met behulp van die vertaling kan vrij eenvoudig een bewezenverklaring van bepaald gedrag worden gegeven. 'Op basis van deze theorie, kan een officier van justitie bewijs van de culturele achtergrond van de verdachte introduceren om aan te tonen dat de verdachte zeer waarschijnlijk het feit heeft gepleegd vanwege zijn of haar culturele achtergrond.'¹⁰⁵ De paradox is dan dat veel nadruk wordt gelegd op het zoeken naar de culturele achtergrond van het feit en de verdachte, met als gevolg dat de kennis

¹⁰¹ Hoofdstuk 5, nr. 259.

¹⁰² Zie hierover Bovenkerk en Yesilgöz 1999, p. 234.

¹⁰³ Zie Turner 1993.

¹⁰⁴ Zie Van Broeck 2001, p. 29.

¹⁰⁵ 'Under this theory, a prosecutor could introduce evidence about a defendant's cultural background to prove that the defendant was more likely to have committed a crime because his or her cultural background' (Kim 1997, p. 113). Zie ook Marguiles 1998, p. 72.

daarvan tegen de verdachte wordt gebruikt en sneller tot een bewezenverklaring kan leiden. De verklaring hiervoor ligt in de eenvoud waarmee een relatie wordt gelegd tussen het gedrag, de daarachterliggende culturele norm, en de kwalificatie van het bewezen verklaarde feit in een strafbaar feit. Doordat het gedrag zo eenvoudig gekoppeld kan worden aan een culturele norm kan het gedrag worden gereduceerd tot die norm; als de norm bekend is, is al duidelijk wat het gedrag is. Tevens is de kwalificatie eenvoudig, omdat niet terzake doet wat de strafrechtelijke betekenis is van de bestanddelen van een delictsomschrijving maar enkel naar de interpretatie van die bestanddelen in de betreffende cultuur hoeft worden gekeken. Alles draait met andere woorden om die cultuur en alle strafrechtelijke vragen kunnen door die cultuur te onderzoeken vrij eenvoudig worden beantwoord.¹⁰⁶

141. Een laatste bezwaar tegen cultureel verweer richt zich op de claim van accuratesse. Tegen die claim bestaan drie bezwaren, ten aanzien van a) de formulering van het verweer in het strafrecht, b) de helderheid ervan en c) de toepassing van het verweer.¹⁰⁷

Ad a) De wetgever zou niet in staat zijn om een adequaat geformuleerd verweer te ontwikkelen waarin alle verschillende aspecten van cultureel verweer verwerkt zijn.¹⁰⁸ Zo kan onmogelijk worden aangegeven welke delicten wel en niet onder het bereik van het verweer zouden moeten vallen, is cultuur niet te definiëren en kan onvoldoende duidelijk aangegeven worden op wie het verweer van toepassing is en of het verweer voortdurend of slechts tijdelijk geldt.¹⁰⁹ Als gevolg hiervan zal de rechter genooddacht zijn om de inhoud van cultureel verweer op basis van casuïstiek in te vullen wat resulteert in onzekerheid. Daaraan wordt toegevoegd, dat de ontwikkeling van het recht opgedrongen wordt door de vanwege het cultureel verweer noodzakelijke erkenning van *migrantenrecht* als bron voor vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vraag is echter of de rechter of wetgever invloed mogen hebben op het ontwikkelen van dat recht en aan te passen aan bepaalde grondwaarden van de bestaande rechtsorde. Dat is niet het geval. De toepassing van migrantenrecht lijkt alleen op een zeer eenvoudige wijze te mogen geschieden. Als iemand een definitie geeft van de norm, dan dient de rechter die norm eenvoudig toe te passen op de casus, zonder erbij stil te mogen staan of die norm in overeenstemming is met andere in die groep geldende normen of normen van internationaal recht of de normen die aan de basis liggen van de geldende rechtsorde.¹¹⁰

Ad b) In de tweede plaats ontbeert het verweer helderheid. Dit bezwaar sluit aan bij het vorige, in zoverre ook hier de angst voor onduidelijk recht naar voren komt. Daaraan wordt toegevoegd dat helderheid wordt geschaad,¹¹¹ doordat het recht wordt opgezaald met een leerstuk dat van de één op de andere dag ertoe kan leiden dat een bepaald strafbaar feit niet meer van toepassing is op een bepaalde groep mensen. Deze onverwachte wending is mogelijk omdat van te voren nooit met zekerheid kan worden gezegd welke delictsomschrijvingen niet met allochtone culturele normen botsen. Het recht krijgt hierdoor een versplinterd karakter, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Daarbij moet worden gesteld, dat dit beginsel een formele invulling

¹⁰⁶ Zie Chiu 1994, p. 1099.

¹⁰⁷ Zie Magnarella 1991, p. 79-80.

¹⁰⁸ Zie o.a. Pomorski 1997, p. 65, Crockett 2006, p. 683.

¹⁰⁹ Zie Mendelsohn 2004, p. 1022.

¹¹⁰ Zie Wanderer en Connors 1999, p. 853-860.

¹¹¹ Zie Wanderer en Connors 1999, p. 850.

heeft.¹¹² Een dergelijke interpretatie van gelijkheid heeft als voordeel dat iedereen rechtssubject is en geen notie hoeft worden genomen van vage begrippen zoals (bijvoorbeeld) cultuur, groepen, identiteit, multiculturaliteit en dergelijke maar dat het strafrecht op iedereen op dezelfde wijze toegepast moet worden. Met deze interpretatie hangt samen een strafrecht dat onmogelijk pluralistisch kan en moet zijn. Het strafrecht moet uniforme begrippen toepassen zonder deze begrippen subjectief te moeten interpreteren. Elk geval dient op gelijke wijze behandeld te worden, met behulp van een identieke interpretatie van juridische begrippen. Gewoonterecht dient op die interpretatie geen invloed te hebben.¹¹³

Ad c) In de derde plaats leidt cultureel verweer tot een oneerlijke toepassing van het strafrecht. Dit vloeit voort uit het vermeend versplinterde effect van het cultureel verweer, maar ook uit de veronderstelling dat sociale stabiliteit door het verweer ernstig in gevaar wordt gebracht. Dit argument heeft vooral de laatste tijd meer aanhang gekregen in het licht van de bedreiging van sociale cohesie als gevolg van de radicalisering van bepaalde groepen allochtonen en daarmee gepaard gaande (dreiging van) terroristische aanslagen. Kern van de argumentatie is als volgt: het strafrecht draagt mede zorg voor een zekere cohesie in de multiculturele samenleving, doordat het een minimaal kader geeft voor het handelen, waardoor aanpassing van dat kader tot ondermijning van die cohesie kan leiden.¹¹⁴ Behoud van een duidelijk, uniform kader waarbinnen mensen van te voren weten welk gedrag acceptabel is en welk niet, vergroot de stabiliteit van de samenleving en draagt bij aan een spoedige en soepele integratie van allochtonen in de ontvangende samenleving.¹¹⁵

3.3.3 Conclusie

142. Wanneer we de voors en tegens van cultureel verweer op een rij zetten, dan kunnen we ze als volgt samenvatten. In de eerste plaats is een belangrijk argument voor cultureel verweer de noodzaak tot individuele rechtvaardigheid voor daders van culturele delicten. Uitgangspunt is dat de inbreuk die het strafrecht op het leven en handelen van mensen maakt alleen dan gerechtvaardigd is, als daartegenover voldoende rechtsbescherming staat. Cultureel verweer vormt een onderdeel van rechtsbescherming, gedekt door internationale mensenrechten, zoals het recht op cultuur. Zij maakt het individuen mogelijk naar eigen inzichten hun leven te leiden en hun cultuur te volgen. Aan de andere kant wijzen critici erop dat daarmee een eenzijdige interpretatie van rechtsbescherming wordt gegeven. Slachtoffers worden met andere woorden rechtsbescherming onthouden. Dit roept de vraag op naar de betekenis van rechtsbescherming in het strafrecht. Is zij inderdaad gericht op de verdachte, als zwakke partij in het strafproces, of heeft rechtsbescherming ook een andere kant? En zo ja, hoe verhouden beide kanten zich tot elkaar?

In de tweede plaats wordt gewezen op de noodzakelijkheid van cultureel verweer in een multiculturele samenleving.¹¹⁶ Uitgangspunt is dat een multiculturele samenleving de opdracht heeft om de diverse culturen van haar burgers te laten reflecteren in het recht. Samengevat komt deze opvatting er op neer, dat het recht het 'product' is van de specifieke 'stemmen' van hen die de oorspronkelijke wetten opstelden, die – zo

¹¹² Zie Sacks 1996, p. 542, Crockett 2006, p. 683.

¹¹³ Zie Lyman 1986, p. 111, Goldstein 1994, p. 158.

¹¹⁴ 'Een discontinuë rechtsorde verliest haar eenheidsscheppende cohesie' (Ellian 2006, p. 3).

¹¹⁵ Zie Ma 1995, p. 477, Chiu 1994, p. 1103-1104, Kim 1997, p. 110.

¹¹⁶ Zie nog T. Taylor 1997, p. 344-345.

wordt eraan toegevoegd – ‘blank en mannelijk’ zijn. Wil het recht echter ook bij allochtonen het gevoel oproepen naar de daarin tot uitdrukking komende normen te moeten handelen, dan moet het recht worden aangepast aan de culturele verscheidenheid van de samenleving.¹¹⁷ Deze culturele gevoeligheid van het strafrecht moet onder andere bij de bepaling van schuld tot uitdrukking komen. De uitkomst van een zaak dient in belangrijke mate afhankelijk te zijn van de cultuur van de verdachte. Dit doet niet alleen recht aan een individuele behandeling, maar ook aan de culturele diversiteit van de samenleving.¹¹⁸ Tegenstanders waarschuwen ervoor, dat een koppeling tussen cultuur en strafrecht paradoxale gevolgen kan hebben, resulterend in een eenvoudiger bewezenverklaring en daardoor snellere veroordeling. Het promoten van de multiculturele samenleving wordt te eenvoudig verondersteld mogelijk te zijn met een cultureel verweer, terwijl niet naar de werkelijke dynamiek van het strafrecht wordt gekeken. Teveel en te makkelijk wordt verondersteld dat cultureel verweer positieve gevolgen voor de verdachte heeft, terwijl diverse negatieve gevolgen niet alleen denkbaar zijn maar ook in de praktijk zijn gebleken.

In de derde plaats stellen voorstanders van cultureel verweer dat het bijdraagt aan de *pluralisering* van juridische begrippen. Dat wil zeggen dat het gebruik van een eigenstandig verweer of een verweer ingebed in bestaande strafrechtelijke leerstukken in beide gevallen leidt tot een interpretatie van die begrippen vanuit de cultuur van de verdachte. Niet de heersende dogmatiek, maar wat binnen een cultuur geldend recht is, geldt als maatstaf voor de betekenis van ter discussie staande leerstukken. Tegen een dergelijke pluralisering bestaan drie bezwaren. In de eerste plaats wordt gewaarschuwd voor onduidelijkheid voor de rechter in welke gevallen hij het verweer moet toepassen, wie en gedurende welke termijn een beroep op het verweer kan doen en in hoeverre inhoudelijk mag worden ingegaan op de betekenis van bepaalde opvattingen in een cultuur en wat zij moeten doen bij een botsing van normen binnen een cultuur. Een tweede bezwaar richt zich tot de subjectieve interpretatie van juridische begrippen. Aanpassing van het recht door de uitleg afhankelijk te maken van de groep waartoe de verdachte behoort, zou schadelijk zijn voor de helderheid van het recht en in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. In de derde plaats wordt bezwaar gemaakt tegen pluralisering als zodanig. Het strafrecht zou uitdrukking moeten zijn van de heersende waarden van de ontvangende samenleving. Van ruimte voor culturele diversiteit mag geen sprake zijn. Dit plaatst het recht in een bepaalde culturele traditie, namelijk die van de ontvangende samenleving en gaat uit van de veronderstelling dat alleen die traditie in het recht tot uitdrukking mag komen.

143. Uit de voors en tegens van cultureel verweer komen mijns inziens drie problemen naar voren die om verdere verheldering vragen. Deze drie problemen vormen naar mijn mening de basis voor het vervolg van dit hoofdstuk. De drie problemen komen voort uit de drie thema's die door voor- en tegenstanders van cultureel verweer zijn aangedragen. Zij hebben betrekking op de betekenis van rechtsbescherming in een democratische rechtsstaat, de grenzen van culturele gevoeligheid voor culturele delicten en plegers van dergelijke delicten en de mate waarin juridische begrippen kunnen worden gepluraliseerd, met andere woorden geïnterpreteerd kunnen worden op basis van de culturele achtergrond van de allochtone justitiabele. Het voorgaande leidt tot drie vragen:

¹¹⁷ Zie Mendelsohn 2004, p. 1022.

¹¹⁸ Aldus samenvattend Coleman 1996, p. 1118-1119.

- a) Wat betekent in het licht van de democratische rechtsstaat het concept rechtsbescherming? En wie worden beschermd als het gaat om een recht op cultuur, vormgegeven via een cultureel verweer, de groep of het individu?
- b) Hoever gaat het respect voor culturele verschillen? Wat betekent het concept tolerantie in een democratische rechtsstaat en kunnen grenzen gesteld worden aan het plegen van culturele delicten door allochtonen en zo ja, op grond waarvan?
- c) Betekent een cultuurgevoelige invulling van het recht dat de accuratesse daarvan vergroot wordt? Of moet vastgehouden worden aan de autochtone inbedding van het recht?

3.4 Culturele verschillen in een democratische rechtsstaat

3.4.1 Inleiding

144. In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt de problematiek van cultureel verweer aan de hand van de voorgaande drie vragen nader uitgewerkt. Daarbij zal in de eerste plaats worden ingegaan op het concept van de democratische rechtsstaat. In paragraaf 3.4.2 wordt een omschrijving gegeven van dit concept en de relatie daarvan tot de multiculturele samenleving. Daarna wordt deze verhouding uitgewerkt aan de hand van de hierboven geformuleerde vragen. In paragraaf 3.4.3 wordt de eerste vraag uitgewerkt. Is een collectieve vorm van rechtsbescherming, waarin niet het individu maar bescherming van de belangen van groepen centraal staat, mogelijk? In paragraaf 3.4.4 zal ik de tweede vraag behandelen: welke mate van culturele diversiteit in een democratische rechtsstaat is aanvaardbaar? Ik zal deze vraag beantwoorden aan de hand van het concept tolerantie. Aangegeven wordt dat dit concept door voorstanders van cultureel verweer op een specifieke wijze wordt toegepast, die niet aanvaardbaar is. Het concept laat weinig ruimte open voor debat en maakt het vormen van een set algemeen omarmde normen moeilijk. Een dergelijke set algemene normen moet echter kunnen worden gevormd, wil samenleven mogelijk zijn. Dit vraagt om duiding van assimilatie. In paragraaf 3.4.5 zal tenslotte een aanzet worden gegeven voor een discussie die in paragraaf 3.5 verder zal worden uitgediept. Belangrijk element in het cultureel verweer is de vermeende vergroting van de accuratesse van het strafrecht door subjectivering van de inhoud van de leerstukken van materieel strafrecht. De vraag is of een dergelijke subjectivering wenselijk is. In paragraaf 3.4.5 zal daaromtrent een eerste lijn worden uitgezet, door in te gaan op het zogeheten open karakter van juridische begrippen. Deze lijn wordt in paragraaf 3.5 uitgewerkt.

3.4.2 De democratische rechtsstaat in een multiculturele samenleving

3.4.2.1 De democratische rechtsstaat in een notedop

145. Het strafrecht dient nadrukkelijk te worden gelegitimeerd. Het strafrecht maakt ook op het leven en handelen van (allochtone) justitiabelen een dermate diepe inbreuk op hun vrijheden, dat bijvoorbeeld allochtonen zich onvoldoende in staat kunnen voelen gesteld om op basis van binnen de groep geldende normen te kunnen functioneren.¹¹⁹ Kenmerkend voor bestraffing van culturele delicten is dat de ontvangende samenleving het handelen onrechtmatig acht en bestraffing wenselijk vindt, maar dat

¹¹⁹ Zie Bovens 2003, p. 138.

dit gevoelen ontbreekt bij de persoon die naar bepaalde normen handelt. Zoals eerder is aangegeven worden culturele delicten soms gepleegd in de overtuiging dat hetgeen gedaan is juist was.¹²⁰ Indien dat het geval is, is het afbreukrisico voor het strafrecht groot. Immers, de dader zal moeten begrijpen waarom hij is gestraft. Begrijpt hij het niet, dan zal de straf niet speciaal preventief werken, maar de kans bestaan dat de veroordeelde zich onttrekt aan de samenleving. Begrip voor de straf, dat wil zeggen snappen waarom de rechter een straf oplegt voor het overtreden van de wet, is een aspect van de expressieve functie van de straf.¹²¹ Daarin komt immers tot uitdrukking dat het feit wederrechtelijk is, en dus strijdig met hier te lande gehandhaafde normen, en de dader kan worden verweten, dat hij niet anders heeft gehandeld. De volgende vraag is dan, als de verdachte in staat is te begrijpen waarom is gestraft, hoe met hem kan worden gecommuniceerd dat hem een straf moet worden opgelegd, zelfs al blijft hij aan zijn overtuiging vasthouden. Daarvoor is het noodzakelijk te begrijpen dat strafrecht in een fragiele relatie staat tot vrijheid.¹²²

146. De legitimatie van het strafrecht moet worden geplaatst in het licht van de democratische rechtsstaat.¹²³ Ik sluit mij hier aan bij de typologie van de democratische rechtsstaat zoals die door 't Hart is gegeven. Zij is een type staat die de burger centraal stelt.¹²⁴ In een dergelijke constructie van de staat wordt een juridische basisstructuur vormgegeven met als uitgangspunt dat er tussen de deelnemers in de maatschappij een 'relatiepatroon' bestaat.¹²⁵ Daarin wordt telkens macht begrensd door tegenmacht. Ook het Nederlandse strafrecht heeft vanaf de achttiende eeuw veranderingen ondergaan waarin een juridisch-politieke basisstructuur is neergelegd op basis waarvan enerzijds de bevoegdheden van de staat worden geregeld en het recht tot straffen zijn legitimatie vindt en anderzijds rechtsbescherming wordt geboden door aan de individuele mens vrijheid te garanderen. Rechtsbescherming is onlosmakelijk met de bevoegdheidstoeiding van de Staat verbonden en is het resultaat van een vanaf de zestiende eeuw ingezette ontwikkeling waarin de mens als centrale actor in het staatkundig denken vorm kreeg.

De mens wordt gezien als iemand die in staat is zelfstandig te denken en deel te nemen aan gemeenschappelijke besluitvormingsprocessen waarin rechtsnormen worden vastgesteld waaraan hij zelf is gebonden. Hiermee gepaard gaat een denkpatroon waarin afscheid wordt genomen van een maatschappij als een door God gegeven ordening, die onveranderlijk werd geacht.¹²⁶ De ontdekking van de maatschappelijke ordening als menselijke constructie, werd gevolgd door de ontdekking dat ook het strafrecht het resultaat is van menselijke keuzes. Dat leidde tot het moeten vinden van een balans tussen enerzijds de bevoegdheid van de Staat om overtreding van in de wet gestelde normen te bestraffen en anderzijds de vrijheden van burgers om hun leven naar eigen inzichten in te richten en de mogelijkheid te hebben naar normen te leven die

¹²⁰ Hoofdstuk 1, nr. 19. Overigens wil ik daarmee niet gezegd hebben dat het handelen op basis van een culturele norm onvermijdelijk is. Zie over de relatie tussen handelen en culturele normen hoofdstuk 5, nrs. 262-266.

¹²¹ Zie Feinberg 1970, DeGreiff 2000, Duff 2001, p. 79-82.

¹²² Ik werk dit in hoofdstuk 4 verder uit. Zie hoofdstuk 4, nrs. 214-220, 223-227.

¹²³ Zie De Hullu 2006, p. 2-3.

¹²⁴ Zie 't Hart 1997, p. 296-297.

¹²⁵ Zie 't Hart 2001, p. 229.

¹²⁶ Zie Ch. Taylor 1991.

niet door de staat gegarandeerd worden, maar in een groep zijn ontwikkeld en binnen de groep worden gehandhaafd.

3.4.2.2 *Het rechtsstatelijke aspect van de democratische rechtsstaat*

147. Als we dan eerst het rechtsstatelijke deel van de democratische rechtsstaat bekijken, dan hangt dit deel nauw samen met de garantie van individuele vrijheden waarin de mens in staat wordt gesteld naar eigen inzichten een leven op te bouwen. Deze garantie is uitgewerkt in mensenrechten die inzicht geven in de grondslag van verschillende vrijheden. Het gaat om de vrijheid van godsdienst, van meningsuiting, privacy-vrijheid maar ook de vrijheid naar bepaalde culturele normen te leven binnen het verband van een bepaalde groep van personen. Mensenrechten geven aan dat in een rechtsstaat de toegekende sfeer van vrijheid een diversiteit aan opvattingen en overtuigingen garandeert. Juist omdat de mens vrij is in het kunnen kiezen hoe hij zijn leven wil leiden, zal hij in staat zijn specifieke keuzes te maken die kunnen afwijken van andermans keuzes. Uit de garantie van vrijheid volgt dan ook de erkenning van diversiteit. Een rechtsstaat is met andere woorden vanzelfsprekend een door diversiteit gekenmerkte samenleving.¹²⁷

Respect voor cultuur is een laatkomer onder de mensenrechten. Dit heeft alles te maken met de ontwikkeling van het concept cultuur. Cultuur kan enerzijds betrekking hebben op kunsten, zoals de schilderkunst, beeldhouwkunst, architectuur en dergelijke. Dan spreekt men wel van Cultuur.¹²⁸ Van cultuur is ook sprake als een verzameling opvattingen en ideeën die ‘webben van betekenis’ geven in de wijze waarop mensen handelen, waarom zij bepaalde keuzes maken en hoe zij met elkaar in een bepaalde gemeenschap kunnen samenleven.¹²⁹ In de laatste omschrijving heeft het concept cultuur een betrekkelijk korte geschiedenis.¹³⁰ Zij is een methodologisch concept om gemeenschappen te bestuderen, om in kaart te brengen hoe zij met elkaar samenleven, welke rituelen daarbij horen, welke normen zij hebben en hoe zij die normen trachten te handhaven. Het was Tylor die in 1871 cultuur definieerde als ‘beschaving’ en bruikbaar probeerde te maken voor onderzoek van destijds als ‘primitief’ omschreven groepen mensen in exotische oorden in Afrika, Azië en (Zuid-)Amerika. Het onderzoek dat in de loop van de tijd volgde en steeds professioneler werd dankzij de inzet van antropologen als Boas, Benedict en Malinowski, deed bij hen het besef ontstaan dat deze culturen niet primitief zijn, maar op eigen merites moesten worden beoordeeld.¹³¹ Een methodologisch relativisme was geboren. Een dergelijke onderzoekshouding, waarin de onderzoeker zich wegcijfert en zijn eigen cultureel bepaalde blik op bepaalde gebeurtenissen opzij schuift om een zo objectief mogelijk beeld te geven van de cultuur van bepaalde groepen,¹³² vormde de basis voor het zogeheten ethisch relativisme, waarin een *politiek* programma tot ontwikkeling kwam waarin tot uitdrukking moest worden gebracht, dat culturen aan elkaar gelijk zijn en evenveel respect verdienen als de dominante westerse cultuur.¹³³

Dit ethisch relativisme was in eerste instantie vooral gericht op het behoud van culturen in de landen zelf en dus een oproep aan de vaak nog koloniale mogendheden de

¹²⁷ Zie Brouwer 2001, p. 31.

¹²⁸ Zie Prott 1988, p. 94.

¹²⁹ Zie Geertz 2000, p. 5, De Ruijter 2000, p. 3-5.

¹³⁰ Zie Abu-Lughod 1991.

¹³¹ Zie Lemaire 1976, p. 154-156, Renteln 1990, p. 71.

¹³² Zie Cliteur 1999b, p. 47-48.

¹³³ Zie Lemaire 1976, p. 98-152.

eigen cultuur niet aan deze groepen op te dringen.¹³⁴ Na de dekolonisatie en als gevolg van de immigratiegolven in de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw zien we het ethisch relativisme als politieke attitude na de Koude Oorlog terugkomen in de discussie over de vraag wat te doen met de vele minderheden die in Europa en Noord-Amerika toestroomden. Is er voor nationale minderheden en immigranten ruimte voor het functioneren naar de eigen cultuur, in Nederland wel samengevat met de term 'behoud van eigen identiteit'? Het laatste was in eerste instantie het geval.¹³⁵ Het ethisch relativisme droeg er mede aan bij dat de herontdekking van de eigen culturele achtergrond gestalte kon krijgen. De boodschap die hiermee samenhang was dat bijvoorbeeld in het recht minstens zoveel bescherming moest worden gegeven aan verschillende culturen. Er diende naar mogelijkheden gezocht worden een recht op cultuur, zijnde een recht waarin bescherming wordt geboden voor culturele tradities, te garanderen. In Canada leidde de erkenning van het belang van cultuur tot het opstellen van een constitutie die culturele rechten toekent aan inheemse groepen,¹³⁶ de Raad van Europa heeft een verdrag opgesteld ter bescherming van nationale minderheden¹³⁷ en artikel 27 IVBPR wordt gezien als een recht waarop ook immigranten een beroep kunnen doen en waarin de mogelijkheid bestaat bescherming tegen overheidshandelen in te roepen.¹³⁸

Hieruit volgt dat de protectie van cultuur, in ieder geval voor zover zij een individuele aanspraak betreft ten aanzien van het willen leven op grond van bepaalde culturele normen, tot die vrijheden is gaan behoren die de staat dient te respecteren, zij het dat de discussie is gericht op de concrete betekenis van dat recht (individueel of collectief, type aanspraken, type rechtsgebied en dergelijke).¹³⁹ Een recht op cultuur echter, los van de vraag wat voor soort recht dit nu is, garandeert een specifiek onderdeel van het menselijk leven, namelijk het kunnen handelen op basis van normen, die doorspekt zijn van de 'subtile en onuitgesproken signalen' die van een cultuur afkomstig zijn en die telkens in beweging en onderdeel zijn van het samen met anderen handelen 'waarin over betekenissen wordt gediscussieerd en onderhandeld.'¹⁴⁰ Dit maakt een recht naar culturele normen te leven op het eerste gezicht weinig concretiseerbaar. Maar – met het besef van het belang van cultuur voor ons handelen, zoals dat door de culturele antropologie is omschreven – het recht naar culturele normen te leven is inmiddels tot die vrijheden gaan horen die beschermen door en tegen de overheid afdwingbaar kan maken.¹⁴¹ Daarmee is niet gezegd dat dit facet van individuele vrijheid op een bepaalde wijze gestalte kan krijgen. Of er sprake moet zijn van aan groepen toekomende culturele rechten is hiermee zeker nog niet duidelijk. Ik kom op dit laatste zodadelijk terug.

148. De bescherming van vrijheden in een democratische rechtsstaat geschiedt op basis van fundamentele rechten die niet in de natuur gelegen of door God gegeven zijn, maar fundamentele rechten zijn omdat zij belangen beschermen die zwaarder wegen dan de collectieve belangen van de samenleving en overige belangen die niet door

¹³⁴ Zie Lemaire 1976, p. 96-97.

¹³⁵ Ook in Nederland, zie Lucassen en Penninx 1995, Entzinger 1984.

¹³⁶ Zie Roosens 1998, p. 85-87.

¹³⁷ Zie Buyse 2002, Zwart 1999.

¹³⁸ Zie Meijknecht 2001, p. 258, Donders 2002, p. 166-176.

¹³⁹ Zie ook Morawa 2001, Morawa 2004, Gilbert 2002. Zie verder hoofdstuk 6, nrs. 305-306.

¹⁴⁰ Verkuyten 1999, p. 47.

¹⁴¹ Zie hoofdstuk 6, nr. 305.

rechten beschermd worden.¹⁴² Dworkin noemt dergelijke rechten 'strong rights'. Zij beschermen individuen onder andere tegen de overheid, die daardoor onder druk wordt gesteld om bij de vaststelling van het algemeen belang (waardoor inperking van sterke rechten mogelijk wordt) nadrukkelijker aan te geven op grond waarvan dergelijke inperkingen wenselijk zijn. In ieder geval houden 'strong rights' in dat zij niet zomaar opzij gezet mogen worden wanneer een democratische meerderheid dat gewenst acht.¹⁴³ Volgens mij zijn er fundamentele rechten die niet terzijde kunnen worden gesteld.¹⁴⁴ Er zijn normen die van een hogere orde zijn dan andere normen. 'Strong rights' kunnen wel worden ingeperkt, zij het alleen indien een concreet individu zich in zijn rechten geschaad weet, maar niet wanneer de staat meent op deze rechten inbreuk te kunnen maken op basis van een meerderheidsbeslissing. Alleen wanneer de rechten van concrete derden (slachtoffers van delicten) worden geschaad, ontstaat een dynamiek van conflicterende rechten, waarin de overheid de voorrang van rechten moet bepalen.¹⁴⁵ Sterke rechten kunnen slechts op drie gronden worden beperkt. Ten eerste is beperking mogelijk wanneer de waarden die aan het recht ten grondslag liggen door het overheidsoptreden niet echt geschaad worden. Ten tweede is beperking mogelijk indien een conflicterend recht beperkt kan worden. Ten derde kan het sterke recht worden beperkt indien de gedraging dermate ernstig is dat het straffeloos laten van dat gedrag schadelijk is voor de waardigheid en gelijkheid van derden waardoor de democratische rechtsstaat zijn geloofwaardigheid kan verliezen.¹⁴⁶

Deze laatste beperking zou echter zo ruim kunnen worden uitgelegd dat al het handelen dat op één of andere manier zo schadelijk is, het recht dat dat handelen garandeert, beperkt wordt. Van gebruik van deze laatste beperkingsbevoegdheid kan echter alleen in zoverre sprake zijn indien de schade individualiseerbaar is. Een staat die zonder individualiseerbare redenen rechten van burgers wil inperken, maakt misbruik van staatsmacht en neemt de fundamentele rechten van burgers niet serieus.¹⁴⁷

149. Dergelijke rechten gelden voor alle mensen, ook voor verdachten en veroordeelden.¹⁴⁸ De gedachte dat zij misbruik (zouden) hebben gemaakt van hun vrijheden en op grond daarvan geen rechten zouden hebben mag geen reden zijn om bijvoorbeeld plegers van culturele delicten rechten te onthouden. Het argument dat deze rechten worden ontnomen omdat plegers van culturele delicten onvoldoende geïntegreerd zijn en een verkeerde set normen aanhangen die in het plegen van bijvoorbeeld eerwraak tot uitdrukking komt,¹⁴⁹ acht ik onjuist. Inperking van het recht om in vrijheid te beslissen hoe men het eigen leven richting geeft, al of niet beschermd door artikel 27 IVBPR of andere internationale mensenrechtelijke regelingen betreffende minderheden, kan nooit op grond van de stelling dat een verkeerde (interpretatie van een) set normen wordt gehanteerd, worden gerechtvaardigd. Inperking kan alleen op basis van bovengenoemde gronden. Een staat moet de gedachte opgeven dat burgers nooit een recht hebben in strijd met het recht te handelen wanneer zij daartoe goede, morele gronden hebben. In dergelijke situaties, waarbij Dworkin het voorbeeld noemt van

¹⁴² Zie Dworkin 1977, p. 190-191.

¹⁴³ Dworkin 1977, p. 191.

¹⁴⁴ Zie 't Hart 1997, p. 300-301.

¹⁴⁵ Dworkin 1977, p. 195.

¹⁴⁶ Dworkin 1977, p. 200.

¹⁴⁷ Dworkin 1977, p. 202-204.

¹⁴⁸ Zie De Hert en Gutwirth 2005a, p. 155-156.

¹⁴⁹ Zie hoofdstuk 2, nr. 52.

gewetensbezwaarden,¹⁵⁰ is bestraffing niet gelegitimeerd met het argument dat de wet is overtreden, ofte wel wederrechtelijk is gehandeld. Nagegaan moet worden in hoeverre de norm op basis waarvan de verdachte handelde een norm is die in de bestaande norm geïncorporeerd kan worden waardoor die norm een minder strikte betekenis krijgt en niet het verbod niet van toepassing is op het handelen op basis van de redenen die de verdachte aanbracht.

3.4.2.3 *Het democratische aspect van de democratische rechtsstaat*

150. Het rechtsstatelijke aspect van de democratische rechtsstaat legt vooral nadruk op het garanderen van rechten die mensen kunnen inroepen als zij van oordeel zijn dat inbreuk wordt gemaakt op hun vrijheden.¹⁵¹ Het democratische aspect van een democratische rechtsstaat correspondeert met de mogelijkheid van actieve participatie aan het publieke debat. Het democratische aspect is veel ouder dan het rechtsstatelijke, maar is gelijktijdig met de ontwikkelingen van de rechtsstaat nieuw leven ingeblazen.¹⁵² De (Kantiaanse) gedachte was dat burgers wetgever in eigen zaak moesten zijn. In het besef dat het leven in een gemeenschap onvermijdelijk is, betekende dit dat de mens als burger deel moet uitmaken van een forum van burgers dat de wetten tot stand brengt. Met democratie hangt een bepaalde houding van de burger (burgerschap) in de publieke ruimte samen.

Burgerschap vraagt om deelname aan het debat, zij het dat over de concrete invulling daarvan onenigheid bestaat,¹⁵³ zoals uit de interpretaties van burgerschap blijkt. Van Gunsteren omschrijft vier vormen van burgerschap: een republikeinse, een liberale, een communitaristische en een door hem ontwikkelde neo-republikeinse vorm. Een *republikeinse* interpretatie van burgerschap stelt een politieke gemeenschap centraal. Deze gemeenschap komt in de plaats van religieuze en andere kleinere culturele gemeenschappen en kenmerkt zich door bijzondere deugden, zoals moed, devotie voor de publieke cultuur, militaire discipline en staatsmanschap.¹⁵⁴ In een republikeinse traditie wordt burgerschap gevormd door het bijbrengen van een groot historisch besef en bijbehorende trots voor wat de republiek heeft bereikt. Nadruk ligt daarom op burgerlijke participatie en het uitdragen van deze burgerlijke deugden.¹⁵⁵ Een republiek is een natiestaat met een eenvormige publieke cultuur (ook wordt gesproken van een publieke religie) die door middel van openbaar onderwijs mensen wordt geleerd. Nadeel van deze burgerschapstheorie is de neiging tot militarisme en het voorop stellen van de publieke cultuur ten koste van minderheidsculturen. Republikeinen ontkennen de culturele diversiteit in de publieke sfeer zoveel mogelijk. Dat maakt de nadruk op één uniforme politieke gemeenschap absoluut en duidt op weinig waardering voor de waarden van andere gemeenschappen.¹⁵⁶

In een *liberale* interpretatie van burgerschap wordt de burger voorgesteld als een calculerende burger die drager is van rechten en voordelen. Een gemeenschap bestaat in deze omschrijving uit een geheel van calculerende individuen die zoveel mogelijk ruimte voor zichzelf opeisen en zo min mogelijk beperkt willen worden in hun vrijheden. Daarin ligt ook de kern van het probleem van de liberale theorie, nu burgers

¹⁵⁰ Dworkin 1977, p. 186–197.

¹⁵¹ Zie 't Hart 1997, p. 297.

¹⁵² Zie Witteveen 2002, p. 26–27.

¹⁵³ Zie Gutmann 1993, p. 179–180.

¹⁵⁴ Zie Van Gunsteren 1998, p. 21.

¹⁵⁵ Zie Patten 1996, p. 28.

¹⁵⁶ Zie Jennings 2000, p. 591–595.

niet meer doen dan zelfstandig opereren en op zoek te gaan naar eigen gewin.¹⁵⁷ Een dergelijke interpretatie van burgerschap is in een multiculturele samenleving problematisch, omdat het eigen gewin dermate strijdig kan zijn met de belangen van anderen dat dit tot onaangename situaties kan leiden. Voor Van Gunsteren staat voorop dat burgers zich begeven in een netwerk van relaties, waarin ieder zijn eigen keuzes maakt en een eigen plek in de maatschappij zoekt.¹⁵⁸ Zij zijn een knooppunt in dat netwerk, hetgeen met zich meebrengt, dat zij zich moeten vergewissen van de vele relaties waarmee zij te maken hebben en die relaties niet alleen op strategische (egocentrische) manier kunnen gebruiken.¹⁵⁹

Een *communitaristische* interpretatie van burgerschap legt net als de republikeinse traditie veel nadruk op het feit dat burgers deel uitmaken van een historisch ontwikkelde gemeenschap. Elke keuze die individuen maken wordt gemaakt in een gemeenschap waarin wordt verteld wat de beste keuze is.¹⁶⁰ Voorop staat een duidelijke loyaliteit ten opzichte van de gemeenschap. Een belangrijk verschil met de republikeinse theorie is dat de gemeenschap hier geen politieke gemeenschap is die een bepaalde publieke cultuur uitdraagt die vooral op militaire waarden is gestoeld. Het militarisme kan een kenmerk zijn van een gemeenschap, maar moet in de cultuur van die gemeenschap zijn gegroeid, niet als ideaal worden opgelegd. Een communitaristische traditie van burgerschap leidt niet tot een eenduidige interpretatie, maar een gemeenschapsafhankelijk burgerschap. Ook de communitaristische burgerschapstheorie is problematisch.¹⁶¹ Zij miskent de multiculturaliteit van de samenleving door de gemeenschap voor te stellen als een cultureel homogene gemeenschap. Zo er al sprake is van een netwerk van relaties, dan begeeft een individu zich tussen gelijkgestemden, andere burgers met dezelfde culturele achtergrond.

Een *neo-republikeins* burgerschapsideaal plaatst de burger midden in een gemeenschap en maakt hem een verantwoordelijk burger, die deelneemt aan publieke debatten, waarin – uitgaande van de verschillende contacten die burgers leggen en de vrijheden die zij hebben hun leven naar eigen inzichten in te richten – respect wordt getoond voor minderheidsopvattingen door mogelijkheden te bieden om in een samenleving bestaande opinies over verschillende onderwerpen aan de orde te laten komen. Dit betekent dat een samenleving diversiteit moet organiseren.¹⁶² Burgerschap is volgens de neo-republikeinse traditie echter niet van nature aanwezig maar zal moeten worden gevormd en daar waar nodig zal de overheid daarin moeten assisteren. Met een inburgeringsprogramma voor nieuwe immigranten is op zichzelf dus niet veel mis. Maar de vraag is hoever inburgering mag gaan. Die vraag is als een mes dat aan twee kanten snijdt. Aan de ene kant is zij gericht op de Staat en moet worden nagegaan welke ruimte voor culturele diversiteit gegeven kan worden, welke mate van tolerantie met andere woorden kan worden gegarandeerd. Aan de andere kant is zij gericht op de aankomende burger en moet worden bepaald aan welke grenzen diversiteit gebonden mag zijn, welke mate van assimilatie met andere woorden mag worden verlangd. Ik kom hier zodadelijk op terug.

¹⁵⁷ Zie Habermas 1996b, p. 23-27.

¹⁵⁸ Zie Van Gunsteren 1998, p. 22, Hildebrandt 2001, p. 314, 317.

¹⁵⁹ Zie 't Hart 1995, p. 37.

¹⁶⁰ Zie o.a. Sandel 1984, p. 90-91.

¹⁶¹ Van Gunsteren 1998, p. 19-21.

¹⁶² Zie Van Gunsteren 1998, p. 26, 't Hart 1995, p. 18, Gutmann 1993, p. 187.

151. Zojuist is aangegeven, dat burgerschap moet worden ontwikkeld.¹⁶³ Daarin ligt de koppeling tussen democratie en rechtsstaat. Vorming van burgerschap kan niet in het 'luchtledige'. Zij is mogelijk wanneer de democratische rechtsstaat de 'noodzakelijke voorwaarden' schept om burgerschap mogelijk te maken.¹⁶⁴ Het recht speelt daarin een dubbelrol.¹⁶⁵ Aan de ene kant formuleert het recht de voorwaarden waaronder burgers moeten functioneren, geeft het hen de plicht zich aan bepaalde normen, dat wil zeggen rechtsnormen, te houden. Het recht biedt de *randvoorwaarden* waarbinnen de staat tegen burgers mag optreden. Aan de andere kant garandeert het recht een sfeer van vrijheid waarin burgers ruimte hebben om zich te kunnen ontplooiën en waarin dus de mogelijkheid bestaat om op basis van de eigen cultuur te functioneren. Het recht geldt als *grondvoorwaarde* voor de staat om te mogen straffen. Alleen op basis van het recht heeft de staat de bevoegdheid tegen zijn burgers op te treden indien zij het gestelde recht hebben overtreden. De democratische rechtsstaat heeft dus een dubbele kern: niet alleen de garantie van bescherming tegen het optreden van de overheid, ook het mogelijk maken van dat optreden. Burgerschap is mogelijk in deze wisselwerking; alleen bij het kennis hebben van de juridische randvoorwaarden is de mens in staat om een eigen leven in te richten.¹⁶⁶

De verbinding tussen democratie en rechtsstaat is juridisch verankerd¹⁶⁷ en volgens Witteveen psychologisch en sociologisch niet weg te denken. Alleenheerschappij is in een moderne samenleving, die zo doordrongen is van individuele vrijheid, volgens hem ondenkbaar. Macht is 'gedeelde en publiekelijke macht',¹⁶⁸ en democratisch gefundeerd. Het gaat er met andere woorden niet alleen om de enkele juridisch juiste fundering van de wet, maar ook om een democratische legitimatie van wetten, om de instemming van burgers die zich aan de wet gebonden achten omdat zij zich als auteurs van de gestelde wetten kunnen zien.¹⁶⁹ Democratische legitimiteit van wetten en juridische legaliteit staan elkaar niet in de weg. 'Mensenrechten zijn de basis van de noodzaak dat de burgerlijke praktijk van het publieke gebruik van communicatieve vrijheid door het recht geïnstitutionaliseerd is. Mensenrechten, die de uitoefening van volkssoevereiniteit juridisch mogelijk maken, kunnen dan ook niet worden gezien als een externe beperking die aan deze praktijk [van de uitoefening van volkssoevereiniteit, JMtV] wordt opgelegd.'¹⁷⁰

Mensenrechten maken deelname aan het publieke debat mogelijk, omdat in een private sfeer de mens zich zodanig kan ontwikkelen dat hij in staat is als burger aan het publieke debat deel te nemen. Hieruit volgt, dat wetgeving niet alleen een democratische legitimatie, een grondslag in het publieke debat, moet hebben, maar ook een rechtsstatelijke legitimatie. 'Die (...) komt neer op een kwaliteitseis van het democratisch tot stand gebrachte of nagestreefde bestel ook minimaal zodanig is, dat daarbinnen

¹⁶³ Dat geldt vooral in multiculturele samenlevingen waarin het besef van burgerschap niet bij iedereen van jongaf is meegegeven. Burgerschap bereiken bij allochtonen is een grote uitdaging. Zie Van Oenen 2004.

¹⁶⁴ Zie 't Hart 1997, p. 297.

¹⁶⁵ Zie Foqué 1993, p. 23.

¹⁶⁶ Zie Glastra van Loon 1987, p. 87.

¹⁶⁷ Zie Maris 1996, p. 488.

¹⁶⁸ Witteveen 2002, p. 39.

¹⁶⁹ Zie Habermas 1996a, p. 103-104.

¹⁷⁰ '[H]uman rights themselves are what satisfy the requirement that a civic practice of the public use of communicative freedom be legally institutionalized. Human rights, which make the exercise of popular sovereignty legally possible, cannot be imposed on this practice as an external constraint' (Habermas 1998, p. 259).

het recht bescherming blijft bieden aan de individuele burger zodat voor die burger [als mens, JMtV] een sfeer van vrijheid is verzekerd.¹⁷¹ Het recht, meer in het bijzonder de systematiek van het recht waarin vrijheid van en gebondenheid aan wetten elkaar in een evenwicht behoren te vinden, garandeert dus de uitoefening van onze vrijheden in de publieke sfeer, dat wil zeggen onze burgerlijke vrijheden die deelname aan het publieke debat en de garantie van wederkerigheid (ofte wel door de ander te worden gehoord) verzekert.

3.4.3 *De ruimte voor culturele verschillen in het recht I: collectieve of individuele rechtsbescherming*

3.4.3.1 *Cultureel verweer als collectief recht?*

152. De hiervoor geschetste visie op de democratische rechtsstaat en de verhouding tot de multiculturele samenleving laat zien dat er in zijn algemeenheid ruimte bestaat voor het kunnen samenleven met verschillende culturele overtuigingen. Deze indruk is echter onvoldoende om in het strafrecht de ruimte en grenzen om samen te leven af te bakenen. Daarvoor moeten we terugkeren naar de aan het eind van paragraaf 3.3 gestelde vragen.

In de discussie over cultureel verweer is aangegeven, dat nadruk wordt gelegd op bescherming tegen inbreuken van de overheid op het recht op cultuur, dat wil zeggen het recht om op basis van de eigen culturele tradities te handelen.¹⁷² Een complicatie hier was wie adressaat is van rechtsbescherming. In randnummer 125 is een definitie van cultureel verweer gegeven, die erop lijkt te wijzen dat het recht op cultuur geen individueel recht is, maar een groepsrecht.¹⁷³ Dit kan duiden op een slordige omschrijving van cultureel verweer of duidelijk maken dat het verweer meer is dan alleen een aan het individu toe te kennen vorm van rechtsbescherming. Dat vermoeden kan worden versterkt indien we het *volitieve* culturele verweer nog eens omschrijven. Aangegeven is dat dit verweer veelal geïndividualiseerd (op de persoon gericht) is maar soms los van het individu omschreven.

Daarmee wordt bedoeld dat het niet gaat om een cultureel verweer dat wordt ingeroepen door een individu, omdat hij erkenning wil zien voor de individuele relatie tot diens cultuur, maar omdat hij erkenning wil van de norm van de groep waartoe hij behoort. Het verweer is enkel bedoeld om de norm van de groep voor het voetlicht te plaatsen en een uitspraak uit te lokken wat de relatie is van de norm op basis waarvan is gehandeld met de aan de strafwet ten grondslag liggende norm. Natuurlijk geldt voor het individu dat hij een cultureel verweer inroept om argumenten aan te dragen dat hij minder of niet gestraft moet worden, maar het uiteindelijke doel van het inroepen van een cultureel verweer in een individuele strafzaak is zekerheid voor de groep: is de sociale norm wederrechtelijk (dat wil zeggen in strijd met het positieve recht) of rechtmatig?

Een dergelijke strategie is, zo moet worden voorop gesteld, door voorstanders van cultureel verweer niet als serieuze optie naar voren gebracht. Toch is zij in het licht van deze studie van belang. Immers, uitbreiding van bescherming aan groepen kan betekenen dat een verdachte enkel hoeft aan te tonen lid te zijn van een bepaalde groep om een beroep te kunnen doen op de normen die hij stelde te moeten volgen. Straffe-

¹⁷¹ 't Hart 1997, p. 299, 't Hart 1994, p. 218.

¹⁷² Zie Anonymous 1986, p. 1301, Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 34-35, Wu 2003, p. 987.

¹⁷³ Zie Fischer 1998, p. 669. Zie ook Renteln 1993, p. 439.

loosheid of in ieder geval strafvermindering is dan vrij eenvoudig te bereiken en hoeft niet aan de hand van een onderzoek naar het ontbreken van individuele aansprakelijkheid te worden vastgesteld. In een dergelijke situatie is sprake van vergaande rechtsbescherming.

153. In de voorgaande strategie wordt cultureel verweer omschreven als groepsrecht. Groepsrechten worden ook collectieve rechten of derde generatie mensenrechten genoemd.¹⁷⁴ Dit laatste is enigszins verwarrend omdat groepsrechten niet tot mensen gericht zijn, maar bedoeld zijn groepen bescherming te bieden. Groepsrechten zijn rechten voor groepen ter bescherming van belangen die niet tot individuele belangen te reduceren zijn.¹⁷⁵ Groepsrechten zijn in de loop der tijd uitgewerkt op diverse terreinen, maar niet in het strafrecht. Wanneer we groepsrechten naar het strafrecht vertalen, hebben we het over het recht om als verdachte een beroep te doen op de culturele achtergrond van de groep waartoe men behoort, omdat men daarmee de belangen van de groep hoopt te beschermen. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat dan sprake is van een politiek statement, dat niet zozeer betrekking heeft op de omstandigheden van het individuele geval of de achtergrond van de te recht staande persoon van de verdachte, maar gericht is op het willen beschermen van de belangen van de groep.¹⁷⁶ De verdachte ontstaat met andere woorden zijn eigen belangen en treedt op als woordvoerder van de groep. Dit is noodzakelijk omdat het subject van het groepsrecht niet het individu is, maar de groep.¹⁷⁷

De belangen die moeten worden beschermd, het object van collectieve rechten, zijn ‘collectieve goederen’, dat wil zeggen dat het cultureel verweer gericht moet zijn op gemeenschappelijke belangen.¹⁷⁸ Het verweer dat de verdachte voert, moet geen betrekking hebben op de nadelige consequenties van bestraffing voor hemzelf, maar hij moet het verweer in collectieve termen vatten. Dat zou de volgende argumentatie kunnen opleveren. Bestrafing brengt de gehele groep uit balans, schept onzekerheid over fundamentele normen en gebruiken en miskent de positie van de groep in de ontvangende samenleving en de bijdrage die de groep aan die samenleving kan leveren.¹⁷⁹ Een verdachte zal zijn strafzaak met andere woorden als forum moeten gebruiken om inzicht te verschaffen in de normen van zijn groep, het belang van die normen uiteen moeten zetten en moeten beargumenteren waarom die normen moeten worden beschermd.¹⁸⁰

3.4.3.2 *Bezwaren tegen collectieve rechten in het strafrecht*

154. Tegen collectieve rechten in het strafrecht bestaan praktische en theoretische bezwaren. Een praktisch bezwaar is dat een strafzitting niet dient als openbaar forum waarin een verdachte zijn politieke statement kan maken. Een zitting is een door de voorzitter strak georganiseerd ‘ritueel’ (Hoefnagels)¹⁸¹ waarin de verdachte gesommeerd wordt ‘oplettend’ (artikel 273 lid 2 Sv) te zijn en hij nog steeds in belangrijke

¹⁷⁴ Zie Flinterman 1990.

¹⁷⁵ Zie Galenkamp 1998a, p. 5.

¹⁷⁶ Zie hoofdstuk 2, nr. 85.

¹⁷⁷ Zie Galenkamp 1998a, p. 85–86.

¹⁷⁸ Zie Galenkamp 1998a, p. 114–116.

¹⁷⁹ Zie Anonymous 1986, p. 1300–1301, Crockett 2006, p. 642.

¹⁸⁰ Zie Aerts 1983, p. 298–299.

¹⁸¹ Hoefnagels 1987.

mate object van onderzoek is.¹⁸² De idee creëren als zou een verdachte een podium krijgen waarin hij een verhaal kan vertellen is de schijn wekken dat zo'n podium geboden wordt.¹⁸³ De werkelijkheid is dat het enige verhaal dat de verdachte kan vertellen betrekking heeft op het hem ten laste gelegde feit en zijn rol daarin. Voor de rechter geldt enkel dat de zitting is bedoeld individuele aansprakelijkheid vast te stellen en daarin de verdachte de ruimte te geven in hoeverre er in de hem voorgelegde casus gronden zijn om te twijfelen aan de wederrechtelijkheid van zijn gedraging en de aan hem te wijten schuld. Een forum voor een politiek statement wordt in het Nederlandse stelsel dus niet geboden. Het gebruik van het strafproces als podium kan ook nadelige consequenties hebben. Harchaoui en Siesling geven aan dat de openbaarheid van het proces ertoe kan bijdragen dat het beeld dat in de rest van de samenleving over allochtonen leeft door de media-aandacht verslechterd kan worden.¹⁸⁴ Dit wordt versterkt als het proces als podium wordt gebruikt om gedragingen te willen rechtvaardigen die op zichzelf (evident) wederrechtelijk zijn. Het beeld kan dan ontstaan dat elke allochtone burger de normen van de ontvangende samenleving niet wil te accepteren en wegen zoekt eigen normen aan deze samenleving op te dringen.

Een ander praktisch bezwaar is de vraag voor wie de verdachte eigenlijk spreekt. Een groepsrecht zal in het strafrecht altijd ter discussie komen te staan in een individuele strafzaak. De verdachte zal zich dan zoals gezegd moeten opwerpen als woordvoerder van de groep en zijn eigen belangen op het tweede plan zetten. Het woordvoerderschap is in de discussies rond collectieve rechten altijd een probleem gebleken. Hoe moet immers worden vastgesteld dat het verhaal dat de verdachte vertelt de weergave is van wat door de groep als geheel wordt omarmd? In dit verband kan gewezen worden op de zaak tegen Kong Muoa. Ook hij wierp zich (wellicht onbedoeld) op als woordvoerder van zijn groep en introduceerde een pamflet waarin zijn gedragingen werden gerechtvaardigd als zijnde conform de normen van de groep waartoe hij behoort. Maar de herkomst van het pamflet is nooit achterhaald. Daardoor is onduidelijk of Kong het zelf heeft geschreven of voor hem heeft laten schrijven en tevens is onduidelijk of de rechter de inhoud heeft getoetst. Uit de commentaren blijkt dat hij het pamflet vrij snel als bewijsmiddel *à décharge* aan het dossier heeft toegevoegd en daarover in ieder geval geen advies heeft gevraagd aan derden, bijvoorbeeld een deskundige. Hier blijft echter de vraag onbeantwoord of de bijdrage van Kong nu hoogstpersoonlijk was en een strategie om zichzelf vrij te pleiten, of uiting van woordvoerderschap waarover binnen de groep overeenstemming bestond.

Mijns inziens is het gevaar van woordvoerderschap dat de individuele belangen vaak onvoldoende kunnen worden onderscheiden van collectieve belangen. Accepta-

¹⁸² Zie Enschedé/Bosch 2005, p. 69-70.

¹⁸³ In ander verband wijzen ook Bal (1988), Yeşilgöz (1995) en W. van Rossum (1998) hierop. Bal spreekt van dwangcommunicatie, ofte wel 'een gesprek(ssituatie) waarin de meer machtige deelnemer de minder machtige met verbale middelen noodzaakt op een (door de eerste) bepaalde wijze aan het gesprek deel te nemen, d.w.z. dwingt tot spreken, c.q. tot het verrichten en/of nalaten van bepaalde gesprekshandelingen, waardoor hij het gespreksverloop en de uitkomst in sterke mate van beheersen en sturen.' (p. 94). In hoeverre dwangcommunicatie onvermijdelijk is, laat ik hier rusten. Ik kom op het belang van een proces waarin de verdachte in Duff's termen 'answerable' terug in hoofdstuk 4 en 5.

¹⁸⁴ Harchaoui en Siesling 2002, p. 195-197. Siesling spreekt elders van het gevaar van morele paniek, d.w.z. 'een wederkerig, negatief definiëringsproces waarin afwijkend gedrag wordt uitvergroot, overdreven en gecreëerd' waardoor in dit geval culturele delicten worden uitvergroot door media, politici en andere opiniemakers met alle negatieve gevolgen van dien (Siesling 2006, p. 64). Zie ook Bovenkerk 2003.

tie van woordvoerderschap kan gepaard gaan met het ontkennen van de mogelijkheid van strategisch, op individuele belangen gericht, handelen aan de zijde van de verdachte. Het verhaal van de verdachte zal dan ook als een individuele rechtvaardiging van zijn gedrag moeten worden gezien, dat doorspekt kan zijn met collectieve belangen, maar dat niet geheel tot die collectieve belangen kan worden gereduceerd.

155. Meer theoretisch is de toepasselijkheid van groepsrechten in het strafrecht om een aantal redenen problematisch. In de eerste plaats kan worden aangekoppeld bij de zojuist genoemde problematiek van woordvoerderschap. Want naast praktische problemen, is een ander probleem ook de vraag of iemand woordvoerder kan zijn voor een groep als het gaat om de definitie van een bepaalde cultuur. Kan iemand spreken voor een groep alsof de betreffende groep een bepaalde identiteit heeft, die te omschrijven is aan de hand van een set 'essentiële attributen' die de identiteit van een bepaalde groep omschrijven?¹⁸⁵

In een dergelijke visie behoren individuen tot een groep en delen zij met andere leden dezelfde attributen en omschrijven zij die op dezelfde wijze. Dan is het inderdaad mogelijk woordvoerder te zijn van een groep, omdat de eigen interpretatie van vermeende groepsnormen ook werkelijk de interpretatie is van de rest van de groep. Daarmee wordt echter ontkend dat er altijd personen zijn die een andere interpretatie van die attributen hebben, of die deze attributen helemaal niet delen, terwijl zij zich wel identificeren met de betreffende groep.¹⁸⁶ Sommigen voelen zich verbonden met meerdere groepen en zoeken hun identiteit niet bij één bron, maar meerdere bronnen en hebben dus een biculturele of zelfs multiculturele identiteit.¹⁸⁷ Waarvan is men dan woordvoerder en voor wie? Het lijkt er dan op dat men alleen woordvoerder is voor zichzelf en dat men alleen voor zijn eigen belangen kan opkomen. Maar daarvoor zijn groepsrechten niet nodig. Wat daarvoor nodig is, zijn individuele rechten die het individu in staat stellen voor zichzelf op te komen en een systeem van rechten die deze rechten van het individu garandeert.¹⁸⁸

Een oplossing echter zou kunnen zijn een vooraanstaand persoon in een groep woordvoerder te maken,¹⁸⁹ door de rechter in te schakelen als een bijzondere getuige of zelfs deskundige die inzicht geeft in de achtergronden van het gedrag van de verdachte en daarmee van diens identiteit. Maar dan wordt ervan uitgegaan dat deze woordvoerder in staat is voor elk van de afzonderlijke leden van een groep aan te geven wat hun identiteit is, wat hun relatie tot cultuur en de groep waarvan ze lid zijn is. Dat kan alleen als een reductie van de werkelijkheid van de individuele verdachte plaatsvindt. Er wordt dan geen inzicht gegeven waarom hij op een bepaalde manier handelde en waarom hij die keuzes maakte. Het individu wordt gereduceerd tot een werkelijkheid die eenvoudig kan worden omschreven, maar deze methode faalt in het erkennen van zoveel manieren om een identiteit vorm te geven en de ruimte die we daarvoor in een rechtsstaat gegeven wordt,¹⁹⁰ en zal vooral de elite binnen de groep bevoordelen.¹⁹¹

¹⁸⁵ Zie Baumann 1997, p. 212.

¹⁸⁶ Zie Young 2000, p. 88.

¹⁸⁷ Zie Levy 2000, p. 6-7.

¹⁸⁸ Zie Donnelly 1990, p. 58-59.

¹⁸⁹ Zie Parekh 1996, p. 263.

¹⁹⁰ Zie Young 2000, p. 99.

¹⁹¹ Zie Volpp 1996.

156. Naast het probleem van woordvoerderschap is een ander probleem van groepsrechten de onduidelijkheid ten aanzien van de vaststelling van het verwijt. We hebben gezien dat voorstanders van cultureel verweer het verweer noodzakelijk achten om de vaststelling van het verwijt zo zorgvuldig mogelijk te laten plaatsvinden. Ervan uitgaande dat het strafrecht schuldstrafrecht is en geen straf kan worden opgelegd zonder schuld,¹⁹² zou een groepsrecht er dus op gericht moeten zijn de schuld van een individu vast te stellen op basis van de normen van de groep waartoe het individu hoort. Daarbij gaat het niet zozeer om het individuele verwijt, maar wordt ervan uitgegaan dat de veroordeling voor het plegen van een cultureel delict een zaak voor het collectief is: de groep is dan in principe adressaat van de veroordeling. Het verwijt van de één is een verwijt aan allen. Om te voorkomen dat daarvan sprake is, het verwijt van allen wordt gezien als onrechtvaardig omdat blijkt dat naast de individuele verdachte de hele groep nadeel ondervindt van veroordeling, moet bij de vaststelling van het verwijt niet zozeer worden gekeken naar de individuele verdachte, maar alleen naar de groep als geheel.

Allereerst zal moeten worden aangegeven op welke norm het handelen van de verdachte was gebaseerd. Als vast komt te staan dat die norm een door de groep gedeelde norm is, wordt vervolgens nagegaan of die norm een gebiedende norm is, een norm die verplicht tot handelen. Als daarvan sprake is, de norm gebiedt bijvoorbeeld onmiddellijk te doden na ontdekking van aantasting van de eer, betekent dat dus dat het binnen de groep 'normaal' is in dergelijke situaties te handelen. Als het normaal is om te handelen (terwijl de handeling op zichzelf in strijd is met nationale wettelijke regelingen), kan er dus nooit een strafrechtelijk verwijt zijn. De laatste stap is dan ontkenning van het verwijt wat leidt tot ontslag van alle rechtsvervolgning. Dat lijkt op het eerste gezicht voordelig voor de verdachte, omdat het plegen van een cultureel delict tot straffeloosheid leidt. Doorredenerend blijkt dat bij de vaststelling van het verwijt geen enkele rol meer is weggelegd voor de verdachte om inzage te geven in zijn versie van de gebeurtenissen.

157. Zo wordt ervan uitgegaan dat er een hiërarchische verhouding bestaat tussen norm en handeling, waarin de handeling aan de norm ondergeschikt is. Alleen dan kan immers de individuele gedraging naar een collectief niveau worden getild. Dat zou dus betekenen dat allereerst moet worden vastgesteld dat het individu een 'trouw' lid is van een groep en zich in zijn handelen volledig gedraagt zoals de norm dat voorschrijft. De handeling moet als het ware een kopie zijn van de norm.¹⁹³ Nog afgezien van de vraag of mogelijk is een handeling te beoordelen, blijkt hier ook uit dat ervan uitgegaan wordt dat ieder lid van een groep altijd doet wat door de norm (en daarmee de cultuur) wordt gevraagd. Dat is toch een vorm van 'my culture made me do it' en gaat ervan uit dat een norm (en een cultuur) onveranderlijke grootheden zijn waarop een individu geen enkele invloed heeft.

Daarvan is volgens mij geen sprake. Noch is de handeling ondergeschikt aan de norm, noch is een individu ondergeschikt aan een cultuur.¹⁹⁴ Het opsluiten van het individu in de groep betekent ook dat het handelen van het individu nauwlettend getoetst wordt aan wat binnen de groep normaal is. Elke afwijking van wat normaal is, kan ertoe leiden dat hij niet door de rechten die aan de groep zijn gegeven wordt be-

¹⁹² Zie Mooij 1997, p. 6-8.

¹⁹³ Zie Baumann 1999, p. 25.

¹⁹⁴ Zie Hildebrandt 2002, p. 73.

scherm. Dat hoeft niet te betekenen dat hem elke bescherming ontbeert, maar de kans daarop is denkbaar. Immers, voor het kunnen inroepen van een cultureel verweer is een cultureel delict nodig.¹⁹⁵ Maar, als niet kan worden vastgesteld dat daarvan sprake is, omdat niet 'normaal' is gehandeld, kan van een cultureel verweer ook geen sprake zijn. De overtuiging van de verdachte dat hij op basis van bepaalde culturele normen heeft gehandeld, wordt dan niet meegerekend en hij kan zonder inzicht in zijn cultuur worden veroordeeld.

Deze collectivisering van de aansprakelijkheid betekent dat de individuele verdachte onvoldoende tot zijn recht komt.¹⁹⁶ Zijn verwijt wordt namelijk niet vastgesteld. Er wordt vanuit gegaan dat als de verdachte conform de norm van de groep heeft gehandeld, hem geen verwijt treft, omdat de groep niets verweten kan worden en hij als lid van die groep dus ook niet. Het individu wordt hier gereduceerd tot groepslid, tot iemand zonder eigen wil of verantwoordelijkheid, die zich daarmee kan verschuilen achter de groep. Daarvan kan mijns inziens geen sprake zijn. De keuze om op een bepaalde wijze te handelen is mijns inziens uiteindelijk een individueel gemaakte keuze, die ingegeven kan zijn door bepaalde normen, maar die desondanks uitdrukking is van een door de individuele dader (al dan niet opzettelijke) gewilde gedraging.

158. Een volgend probleem van groepsrechten in het strafrecht is de miskenning van de positie van het slachtoffer. Shachar heeft de problematiek van allochtoon slachtofferchap omschreven als de 'paradox van multiculturele kwetsbaarheid',¹⁹⁷ ook wel het probleem van de 'minderheden in minderheden' genoemd.¹⁹⁸ Dat wil zeggen dat respect voor culturele verschillen kan leiden tot voor derden nadelige consequenties. Bepaalde leden van minderheidsgroepen, zoals vrouwen en kinderen, kunnen schade ondervinden van praktijken die afkomstig zijn van een bepaalde cultuur. Eerder heb ik aangegeven dat een belangrijke kritiek op cultureel verweer ligt in het gebrek aan bereidheid in te zien welke nadelige gevolgen cultureel verweer vooral vrouwen en kinderen ondervinden. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat culturele delicten niet per se een mannenzaak zijn. Meisjesbesnijdenis vindt plaats door de moeder of oma van het meisje, waarbij natuurlijk extra pijnlijk is het gegeven dat moeder en oma zelf ooit ook slachtoffer van een besnijdenis waren.¹⁹⁹ Een zeer ernstig geval van daderschap van een vrouw die een cultureel delict heeft gepleegd is het om het leven brengen van het meisje Daartje.²⁰⁰

Daartje was een meisje van Antiliaanse herkomst dat ernstig ziek was, bij autopsie bleek ze aan nekkramp te lijden. Haar moeder en vriendin dachten echter dat zij behekst was en waren ervan overtuigd dat zij door middel van het toebrengen van slagen en verwondingen de boze geesten uit haar lichaam konden verdrijven. Het geweld bestond volgens de rechtbank uit: het meermalen tegen het hoofd stompen en slaan, het meermalen het hoofd met kracht tegen de grond geslagen, het meermalen door

¹⁹⁵ Zie Van Broeck 2001, p. 29.

¹⁹⁶ Zie Loth 1991, p. 35.

¹⁹⁷ Shachar 2001a, p. 3.

¹⁹⁸ Zie Eisenberg en Spinner-Halev 2005.

¹⁹⁹ Zie E. Bartels 1994, p. 130, De Zwaard 1994, p. 105-106.

²⁰⁰ Zie Siesling 2006, p. 160-162. We kunnen ook denken aan de Amerikaanse strafzaak tegen Fumiko Kimura die haar beide kinderen had verdronken nadat zij had gehoord van het overspel van haar man. Dat overspel ontnam Kimura haar maatschappelijke status en zij zag geen andere keus zichzelf en haar kinderen het leven te ontnemen. Deze keus was cultureel bepaald, nu in de Japanse cultuur *okazu jinju* voor een vrouw, na het bekend worden van overspel, een gebruikelijke reactie zou zijn. Zie Woo 1989.

elkaar schudden en het meermalen op de onderbenen staan. Daarnaast werd Daartje gedurende een bepaalde periode vastgebonden wakker gehouden en tenslotte enige tijd voedsel en drinken onthouden. Moeder en haar vriendin oefenden hiermee een brua-ritueel uit. Volgens de rechtbank is een dergelijk 'schokkende' gang van zaken echter in een rechtsorde als de Nederlandse een 'zeer ernstig feit'.²⁰¹ Beiden werden veroordeeld.

Het lijkt mij dat, wanneer sprake is van dergelijke feiten, de bescherming van het slachtoffer belangrijk is en moet worden meegenomen in de algemene beantwoording van de vraag welke mate van rechtsbescherming aan plegers van culturele delicten moet worden gegeven.²⁰² Bescherming van het slachtoffer is bij uitstek nodig wanneer blijkt dat acceptatie van een cultureel verweer, ertoe leidt dat potentiële daders zich nu vrij voelen hun vrouw (zoals in de zaak tegen Dong lu Chen) of kinderen (zoals in de zaak betreffende dood van Daartje) naar believen te mishandelen en met behulp van een goede advocaat onder bestraffing uit dachten te kunnen komen.²⁰³ Uitgangspunt in het strafrecht is dat aan het slachtoffer bescherming moet worden geboden wanneer inbreuk wordt gemaakt op diens vrijheden.²⁰⁴ Dat behoort tot de *instrumentele* taak van het strafrecht en is een onderdeel van de handhaving van recht.²⁰⁵

159. De bescherming van de belangen van het slachtoffer, meer in het algemeen van de samenleving, moet voorkomen dat het strafrecht te eenzijdig gericht is op bescherming van de belangen van de verdachte burger. Renteln wijst er echter op dat de rol van het slachtoffer niet moet worden overschat maar in het strafrecht nadruk moet worden gelegd op de bescherming van de belangen van de verdachte, nu het strafrecht tot doel heeft strafbaar gedrag proportioneel te vergelden.²⁰⁶ Opvallend is dat de keuze voor vergelding gepaard gaat met het afwijzen van andere strafdoelen, zoals afschrikking en resocialisatie.²⁰⁷ Het probleem van deze eenzijdige nadruk op vergelding is het volgende. Het feit dat afschrikking en resocialisatie buiten het recht geplaatst worden garandeert niet dat in de praktijk van de straf daarvan geen sprake meer zal zijn.²⁰⁸ Zij zijn echter 'niet meer principieel op voorhand juridisch genormeerd'.²⁰⁹ Misdadbestrijding is dan echter niet meer een doel dat in het recht gelegen is, maar behoort tot de buiten-juridische sfeer waarin bestraffing kan plaatsvinden. Het eigene van het strafrecht is enkel gelegen in 'normering van de maatschappelijke controle', dat wil zeggen de opsporing en vervolging van strafbare feiten.²¹⁰ Het gevolg van een eenzijdige be-

²⁰¹ Rb Groningen 28 januari 2003, *LJN* AF3426, Rb Groningen 28 januari 2003, *LJN* AF3437.

²⁰² Zie Wu 2003, p. 989, Kim 1997, p. 110.

²⁰³ Zie Muller 2006, p. 685, Sacks 1996, p. 541-542, Gallin 1994, p. 735-736, Volpp 1994, p. 77.

²⁰⁴ Zie Rimonte 1991, Spatz 1991.

²⁰⁵ Zie 't Hart 1995, p. 20.

²⁰⁶ Renteln 2004, p. 196. Zie ook Koptiuch 1997, p. 225, die er op wijst dat tegenstanders van cultureel verweer er te eenzijdig vanuit gaan dat alleen vrouwen en kinderen slachtoffer zijn van culturele delicten. Zoals hierboven is aangegeven zijn vrouwen (en soms zelfs kinderen (zie Schoonenberg 2001)) daders van culturele delicten. Maar dit argument neemt niet weg dat er dan alsnog mensen kunnen zijn die slachtoffer zijn van dergelijke culturele delicten. Het punt dat critici van cultureel verweer aanvoeren blijft dan van belang: respect voor culturele verschillen moet gepaard gaan met een afweging waarin de belangen van het slachtoffer niet worden veronachtzaamd.

²⁰⁷ Zie Renteln 2004, p. 188, Anonymous 1986, p. 1303-1304.

²⁰⁸ Zeker niet als het penitentiaire recht het resocialisatiebeginsel als leidend beginsel hanteert en door de Hoge Raad ook op vreemdelingen (dat wil zeggen illegalen die na detentie zouden worden teruggestuurd) van toepassing is verklaard. HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 405, m.nt. ThWvV.

²⁰⁹ 't Hart 1994, p. 204.

²¹⁰ 't Hart 1994, p. 197, 198.

nadering van strafrecht is het kunnen ontstaan van een ‘onbegrensde macht’ die eigen doelstellingen kan vaststellen waarin rechtsbescherming één van de af te wegen belangen wordt. De bescherming die zo nodig wordt geacht, kan dan onvoldoende worden gewaarborgd, omdat het recht dat die waarborg moet bieden slechts een beperkt toepassingsbereik heeft, namelijk alleen op de normering van de opsporing en vervolging. Dit beperkte toepassingsbereik leidt er vervolgens toe dat het recht ingezet kan worden als instrument en zelf kan bepalen welke mate van rechtsbescherming moet worden geboden. ‘De bescherming van het individu gaat dan nooit verder dan de machthebber zelf wil.’²¹¹ Ook hier zien we weer het nadeel van het beschermen van cultuur doordat alles min of meer wordt opgeofferd voor de bescherming van een cultuur. Welke consequenties die opoffering heeft voor de verdachte (of het slachtoffer) doet niet terzake.²¹²

3.4.3.3 *De paradox van het cultureel verweer*

160. Dit laatste is de paradox van het cultureel verweer. Hoewel het verweer is bedoeld om rechtsbescherming te bieden door nadruk te leggen op de normen op basis waarvan de verdachte zou moeten handelen, werkt deze nadruk door het collectieve element van de discussie averechts. Een individuele verdachte wordt slachtoffer van de wens de groep te beschermen. Beter is het daarom er op te wijzen dat in het recht zelf de bescherming van cultuur mogelijk is en inherent aan een democratische rechtsstaat is. In een democratische rechtsstaat is het nodig om de vrijheden van burgers te garanderen, alle burgers, zowel zij die strafbare feiten plegen als zij die daarvan het slachtoffer zijn. Een collectivering van de bescherming is, zoals aangegeven, daarvoor om drie redenen niet noodzakelijk. In de eerste plaats miskent een collectieve bescherming de complexe verhouding tussen een individu en cultuur. In de tweede plaats leidt collectieve bescherming tot een paradox van multiculturele kwetsbaarheid. In de derde plaats leidt de nadruk op collectieve bescherming tot een eenzijdige nadruk op rechtsbescherming die tot veronachtzaming van het instrumentele karakter van het recht leidt. Het instrumentele karakter van het strafrecht wordt buiten het bereik van het recht geplaatst en vormt daardoor een ondermijning van dat recht en de daarin inherente rechtsbescherming. Uiteindelijk luidt de conclusie dan ook dat de ruimte voor culturele verschillen vanuit het bestaande perspectief van individuele rechtsbescherming moet worden geboden. Of om Habermas in dit verband te citeren: ‘Een correcte opgevatte rechtstheorie heeft een politiek van erkenning nodig die de integriteit van het individu in de context waarbinnen zijn of haar identiteit wordt gevormd, beschermt. Dit vraagt niet om een alternatief model dat het individualistische ontwerp van het rechtssysteem corrigeert door andere normatieve perspectieven. Het enige dat nodig is, is een consistente actualisering van het bestaande rechtssysteem.’²¹³

²¹¹ 't Hart 1994, p. 205.

²¹² Zie Galenkamp 2002b, p. 188, Fournier 2002, p. 118.

²¹³ ‘A correctly understood system of rights requires a politics of recognition that protects the integrity of the individual in the life contexts in which his or her identity is formed. This does not require an alternative model that corrects the individualistic design of the system of rights through other normative perspectives. All that is required is the consistent actualization of the system of rights’ (Habermas 1998, p. 208).

3.4.4 De ruimte voor culturele verschillen in het recht II: tolerantie en assimilatie

3.4.4.1 De betekenis van tolerantie

161. Bij de behandeling van cultureel verweer is ook gewezen op de noodzaak van het beschermen van cultureel pluralisme. De gedachte is dat een multiculturele samenleving moet worden gekoesterd, omdat zij de ontvangende samenleving verrijkt en, zo wordt ook wel gesteld, het ‘despotisme’ van een homoculturele samenleving onmogelijk maakt.²¹⁴ Het recht moet deze verrijking mogelijk maken door aangepast te worden aan de culturele diversiteit van de samenleving. Alleen dan kan recht worden gedaan aan het beschermende karakter van het recht. Het gaat hier dus om de deugd van *tolerantie*.²¹⁵ De vraag is echter wat tolerantie betekent en of tolerantie ertoe zou moeten leiden dat aan culturele delicten geen grenzen kunnen worden gesteld. Tolerantie wordt nogal eens verbonden met (cultuur)relativisme,²¹⁶ maar klopt deze veronderstelling en welke grenzen kunnen binnen een democratische rechtsstaat aan culturele delicten worden gesteld?

De gedachte lijkt te zijn dat in een multiculturele samenleving het bestaan van culturele verschillen alleen dan mogelijk is als wordt vertrokken vanuit de gedachte dat over andere culturen geen negatief waardeoordeel mag worden geveld. Tolerantie houdt verband met een positieve waardering van andere culturen omdat het *andere* culturen zijn. Het bestaan van die andere culturen garandeert een krachtige samenleving zonder nader aan te geven wat daarmee wordt bedoeld. We kunnen zelfs stellen dat over andere culturen en handelen dat op grond van die cultuur plaatsvindt, geen waardeoordeel mag worden gegeven. Zo er al sprake is van een oordeel, dan is dat uitsluitend gebaseerd op grond van normen die de verdachte zelf stelt te moeten volgen. Een dergelijke interpretatie van tolerantie houdt verband met het zogeheten cultuurrelativisme. Tolerantie is daarin volgens sommige auteurs de enige te omarmen universele waarde.²¹⁷ Tolerantie wordt dan opgevat als een deugd, die interculturele communicatie uitsluit, maar bijzonder veel ruimte laat voor andere culturen om binnen een eigen ‘sfeer’ normen te stellen, die zelfs in sterke mate kunnen afwijken van de rechtsnormen van de ontvangende samenleving. De ontvangende samenleving dient zich bij het bestaan van die afwijkende normen te onthouden van enige opinie daaromtrent.²¹⁸

162. De vraag is echter of tolerantie zover kan strekken. In de eerste plaats kan daartegen worden ingebracht, dat een dergelijke interpretatie van tolerantie leidt tot ‘anything goes’, ‘ieder zijn mening, ieders mening is even goed als de ander, dus alles kan.’²¹⁹ Tolerantie houdt dan volstrekte onverschilligheid in over wat de ander denkt en doet. Eerwraak, meisjesbesnijdenis en ouder-kinddoding zijn feiten die bij een andere cultuur horen en waarover in de ontvangende samenleving geen oordeel mag

²¹⁴ Zie Anonymous 1986, p. 1300-1301.

²¹⁵ Zie Mendelsohn 2004, p. 1023.

²¹⁶ Zie Cliteur 1999b, p. 60, Renteln 1990, p. 73.

²¹⁷ Zie Harrison 1976, p. 131, Cliteur 2001, p. 50. Zie overigens anders Renteln 1990, p. 73-74 die stelt dat relativisme en tolerantie geen heilige twee-eenheid zijn maar wel stelt dat een oordeel over andere culturen niet mogelijk is. Zij baseert zich daarbij op het idee dat mensen zo door hun eigen cultuur bepaald worden dan objectieve oordelen over andere culturen niet mogelijk zijn. Het effect van deze opvatting is hetzelfde als vastgehouden wordt aan het tandem relativisme-tolerantie: oordelen over anderen zijn niet of slechts nauwelijks mogelijk. Zie hierover ook Procee 1991, p. 34-48.

²¹⁸ Zie Lemaire 1976, p. 87, 95-96, Procee 1991, p. 132.

²¹⁹ 't Hart 1997, p. 300.

worden geveld. Onverschilligheid betekent echter ook desinteresse en gebrek aan respect van het andere standpunt. Immers, omdat men geen oordeel over het andere standpunt kan innemen, wil men dat ook niet en hoeft de ander niet serieus genomen te worden. Daardoor is men niet bereid vanuit het perspectief van de ander problemen te bekijken en te beoordelen.²²⁰ Het gevolg is als gevolg hiervan uiteindelijk een volledige verabsolutering van zowel het eigen als het andere denken, juist vanwege ontkenning van cultuuroverstijgende maatstaven.

Tolerantie moet in plaats daarvan worden opgevat als een deugd die ‘praktijken, opvattingen of levenswijzen op grond van persoonlijke morele overtuigingen sterk afkeurt, maar [de persoon of instantie die met andere overtuigingen wordt geconfronteerd, JMtV] meent dat er geen doelbewuste, actieve pogingen dienen te worden ondernomen om deze onmogelijk te maken.’²²¹ Met een dergelijke interpretatie van tolerantie wordt onverschilligheid voorkomen maar vanuit de afkeuring van de andere praktijk ook serieus genomen. De ander wordt volwaardig benaderd en uitgedaagd inzicht te geven in de noodzakelijkheid – ondanks de afkeuring – de praktijk toch niet te sanctioneren.

In de tweede plaats kan tolerantie niet plaatsvinden door een ruimte voor culturen in een andere cultuur te verabsoluteren. Een samenleving zou dit alleen kunnen accepteren als zij als mozaïek wordt opgevat waar elk steentje een cultuur voorstelt waarin elke cultuur volledige autonomie heeft in het verkondigen van de eigen waarheid. Daardoor worden de aanspraken van een minderheidscultuur losgemaakt van de tijd en plaats waarin zij tot stand gekomen. Erkenning van die contingentie, dat de betekenis van een (sociale) norm wordt bepaald door haar situering in een bepaalde tijd en plaats, maakt het mogelijk om over de betekenis van een norm te reflecteren en terughoudend te zijn over de veronderstelling dat die norm de enige waarheid is. Bezien we culturele normen in hun ‘historisch’ verband, dan kan niet gesproken worden van ‘standpunten die tegenover elkaar staan maar [hebben we te maken] met verhoudingen tussen mensen die in ieder geval met elkaar gemeen hebben, dat zij een weg zoeken in een wereld die vragen voor hen oproept.’²²² Een dergelijke houding is bescheidener maar kan daardoor recht doen aan de grote diversiteit tussen, maar volgens mij ook binnen groepen burgers.²²³

In de derde plaats garandeert tolerantie in cultuurrelativistische zin geen *respect* voor culturele verschillen, enkel een ruimte waarbinnen op basis van eigen ideeën geleefd kan worden. Het bieden van een ruimte laat onverlet dat het statelijke strafrecht kan blijven vasthouden aan de bestaande interpretatie van zijn begrippen, omdat ook de ontvangende samenleving overtuigd is van de juistheid van haar interpretatie van de werkelijkheid. Een herbezinning op de werkelijkheid wordt niet bereikt. Het recht is enkel middel om een bepaalde interpretatie van de werkelijkheid af te dwingen.²²⁴ Critici van cultureel verweer waarschuwen voor deze ontwikkeling. Zij zien er niet alleen een bevoordeling in van een bepaalde interpretatie van cultuur (van minderheidsgroepen), maar ook een bestendiging van die interpretatie ten koste van dissidente geluiden in die minderheidsgroepen,²²⁵ maar ook in de ontvangende samenleving, die

²²⁰ Zie Scanlon 2003, p. 194-195, Schuyt 2006.

²²¹ Slijper 1999, p. 84.

²²² Glastra van Loon 1994, p. 73.

²²³ Zie Foqué 1995, p. 162-163.

²²⁴ Zie Hildebrandt 2001, p. 327.

²²⁵ Zie Chiu 1994, p. 1100-1101, Gallin 1994, p. 736. Zie meer algemeen Gutmann 1993, p. 176.

deze groepen opsluit in een op een bepaald moment vastgestelde interpretatie van cultuur.²²⁶ De bescherming die onder het mom van tolerantie wordt geboden is dan slechts schijn. Zij marginaliseert deze groepen door hen niet de mogelijkheid te geven deel uit te maken van de samenleving. Dat lijkt deze groepen op het eerste gezicht de kans te geven in een samenleving te functioneren zonder inmenging van de rest van de samenleving, maar verwijdert deze groepen van het publieke debat.²²⁷

In een meer open houding ten opzichte van culturen wordt tolerantie opgevat als een deugd die ruimte voor andere culturen mogelijk maakt door een actieve houding te verlangen van de leden van de ontvangende samenleving én van minderheidsgroepen. Zij kunnen als burger in een open debat treden over verschillende interpretaties van de manier van leven. De sfeer waarin allochtonen op basis van hun culturele normen kunnen leven is dan ook gelimiteerd. De ruimte voor debat zorgt er namelijk voor dat niemand van dat debat wordt uitgesloten. De mogelijkheid met elkaar in debat te treden vraagt om een gelijkwaardige positie van elke deelnemer, maar ook de mogelijkheid dat alles wat in het debat aan de orde wordt gesteld, meegenomen wordt in de besluitvorming.²²⁸ Zij vraagt van iedereen een zeker *burgerschap* waarin respect voor culturele verschillen voorop staat en waarin iedereen in gelijke mate wordt toegelaten tot het publieke debat waarin de gemeenschappelijke normen van een samenleving worden vastgesteld.

3.4.4.2 *De betekenis van assimilatie*

163. Sommige gedragingen die voortvloeien uit een bepaalde set culturele normen zijn in een democratische rechtsstaat onaanvaardbaar. Dat is het geval wanneer de democratische rechtsstaat wordt ondermijnd als bepaalde gedragingen worden toegelaten.²²⁹ De onaanvaardbaarheid van gedragingen die de democratische rechtsstaat ondermijnen leidt tot de noodzaak dat allochtonen zich aan de centrale waarden van de democratische rechtsstaat conformeren. Conformeren wordt assimilatie genoemd. Zij kan op twee manieren worden opgevat. De eerste vorm van assimilatie wordt *culturele assimilatie* genoemd. Minderheidsgroepen dienen vanuit deze visie de eigen cultuur volledig op te geven (radicale culturele assimilatie), of delen daarvan indien die gebruiken die daaruit voortvloeien 'ofwel onjuist zijn of in strijd met bepaalde centrale publieke gewoontes en gebruiken van de dominante groep' (moderate culturele assimilatie).²³⁰ Culturele assimilatie gaat (in zowel de radicale als moderate variant) gepaard met opgave van de eigen cultuur, en het omarmen van de cultuur van de ontvangende samenleving.²³¹ Critici van een dergelijke opvatting hebben aangegeven, dat daardoor het aantal groepen dat zich zal moeten aanpassen groot is en dat de mate van aanpassing voor sommige van deze groepen navenant zal zijn. Van respect voor culturele verschillen is dan geen sprake meer.²³²

De vraag is of culturele assimilatie mogelijk is. Aanpassing aan de dominante cultuur zou betekenen dat duidelijk is wat die dominante cultuur is en dat er dus een definitie van die cultuur bestaat. Het is de vraag of dat zo is. Een andere vraag is in hoe-

²²⁶ Zie Galenkamp 2002b, p. 188, Fournier 2002, p. 118.

²²⁷ Zie Scanlon 2003, p. 195.

²²⁸ Zie Benhabib 1992, p. 29.

²²⁹ Zie 't Hart 1997, p. 311-312.

²³⁰ '...are either unjust or in conflict with some of the central public customs and practices of the dominant group' (Mason 1999, p. 267). Zie ook Bauböck 1998, p. 45.

²³¹ Zie ook Barry 2001, p. 73.

²³² Zie o.a. Anonymous 1986, p. 1300-1301.

verre radicale culturele assimilatie volledig is voor te komen. Bestaat het gevaar niet dat de nadruk zo sterk ligt op de eigen waarden, dat een aspect van die waarden, namelijk het organiseren van pluraliteit, (voor het gemak) over het hoofd wordt gezien? Tenslotte is de vraag of een dergelijke culturele assimilatie in een democratische rechtsstaat nodig is. Mijns inziens kan een dergelijke assimilatie in een democratische rechtsstaat van niemand gevegd mag worden.²³³ Een democratische rechtsstaat garandeert een maximale vrijheid voor iedereen zich naar eigen inzichten te ontplooien. Die ontplooiing kan alleen worden beperkt, indien de gedragingen die daaruit voortvloeien bedreigend zijn voor de fundamenteën van de democratische rechtsstaat. Dan gaat het niet om het beschermen van de eigen cultuur, maar om de grondvoorwaarden van de Staat zelf en daarmee uiteindelijk om het mogelijk maken en in stand kunnen houden van de multiculturele samenleving.

164. Naast culturele assimilatie kunnen we ook spreken van politieke assimilatie.²³⁴ Politieke assimilatie komt neer op het omarmen van de grondslagen van het politieke bestel. Dat is minder ruim dan het aanvaarden van liberale waarden, omdat de liberale waarden waarnaar in culturele assimilatie wordt verwezen veelal *nationaal*-liberale opvattingen zijn, waarin het belang van een uniforme nationale gemeenschap (natie) zoveel mogelijk wordt gekoesterd en van de veronderstelling wordt uitgegaan dat een democratische rechtsstaat alleen kan functioneren wanneer zij is gegrondvest op een homogene cultuur. Politieke assimilatie moet ontkoppeld worden van de wens om groepen te laten aanpassen aan de eigen (liberale) cultuur.²³⁵ Politieke assimilatie gaat gepaard met een aantal uitgangspunten, die we bij de behandeling van tolerantie reeds tegengekomen zijn. Van minderheden en de dominante meerderheid mag worden verwacht dat zij een besef van feilbaarheid van de eigen opvattingen hebben en dus in staat zijn te reflecteren over de juistheid van hun opvattingen. Daaruit volgt dat in het democratische debat altijd ruimte moet bestaan voor ‘redelijke onenigheid’ dat wil zeggen een geciviliseerd debat waarin over de juistheid van de vooropgestelde claims kan worden gedebatteerd en niet bij voorbaat de eigen (allochtone of autochtone) opvatting als juiste wordt gekozen.²³⁶

165. Het enige dat als uitgangspunt wordt gekozen is dat een democratische rechtsstaat een ‘formaliteit van het publieke’ erkent waar ‘door een kader van juridische begrippen’²³⁷ een ruimte wordt behouden waarbinnen de diversiteit van de juistheidsclaims van verschillende groepen kunnen worden bediscussieerd en binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat geaccepteerd. Politieke assimilatie betekent bijvoorbeeld de erkenning van het (feilbare) systeem van aansprakelijkheidstelling zoals dat tot nu toe vorm gekregen heeft. Mijns inziens leidt politieke assimilatie niet tot acceptatie van een bepaalde inhoudelijke, sociale norm, maar wel tot erkenning dat voor de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid gebruik moet worden gemaakt van de systematiek zoals die nu wordt gehanteerd en waarin van strafbaarheid alleen sprake is als de gedraging wederrechtelijk is en aan schuld te wijten. Daarmee is niet gezegd dat de

²³³ Zie 't Hart 2001, p. 238, Piret 1995, p. 96.

²³⁴ Zie Habermas 1996a, p. 514.

²³⁵ Zie Kekes 1993, p. 199–217.

²³⁶ Zie Habermas 1998, p. 224.

²³⁷ Foqué 1992, p. 34.

inhoud van deze leerstukken niet meer ter discussie kan worden gesteld, wel dat deze plaatsvindt langs de lijnen zoals die in het huidige systeem gegeven zijn.

3.4.5 *De ruimte voor culturele verschillen in het recht III: open juridische begrippen*

166. Hiervoor is aangegeven dat de ruimte voor culturele verschillen in het strafrecht alleen dan mogelijk is als een cultureel verweer wordt onderschreven dat – in beide vormen – een *subjectivering* van het strafrecht tot gevolg heeft. Daarmee werd bedoeld dat de betekenis van juridische begrippen en leerstukken, zoals de strafuitsluitingsgronden, in de context van de cultuur waarbinnen het gedrag zich afspeelt, wordt vastgesteld. Een beroep op een strafuitsluitingsgrond of een bewijsverweer wordt beoordeeld vanuit het perspectief van de cultuur waartoe de verdachte behoort. De veronderstelling is dat daarmee een accuratere beoordeling van het gedrag en de persoon van de dader mogelijk is, nu erkend wordt dat het gedrag cultureel bepaald is en dat gedrag alleen op een juiste manier beoordeeld kan worden als vanuit de cultuur van de verdachte gekeken wordt.²³⁸

De openheid van juridische begrippen lijkt te appelleren aan de wens tot relativisering van de bestaande interpretatie van juridische begrippen. Die relativisering kan op twee manieren worden onderschreven. In de eerste plaats kan met aanhangers van cultureel verweer worden gezegd dat juridische begrippen alleen in een bepaalde cultuur een zekere betekenis toekomt, maar die betekenis nutteloos is in een andere cultuur. Wil de strafrechter dus iets zinnigs kunnen zeggen over het cultureel bepaalde gedrag van een allochtone justitiabele dan zal hij inzicht moeten krijgen in de andere cultuur en de betekenis die in die andere cultuur wordt gehecht aan de ter discussie staande strafrechtelijke leerstukken. Dit vraagt om een aanpassing van die begrippen. In dit verband wordt gewezen op het begrip redelijke persoon, in de meer brede discussie van het multiculturalisme staat het daarmee verband houdende begrip rechtssubject eveneens ter discussie. Beide discussies lopen langs dezelfde lijnen en gebruiken vergelijkbare argumenten. Ik zal die ten aanzien van de redelijke persoon hierna langslopen.

In de tweede plaats kan relativisering van juridische begrippen begrepen worden vanuit het tweede niveau van rechtsbescherming. Hierboven is aangegeven, dat rechtsbescherming niet alleen *binnen* het systeem wordt geboden, maar ook *tegen* het systeem. Dit tweede niveau heeft als gevolg, dat juridische begrippen *onderbepaald* zijn, dat wil zeggen dat hun betekenis nooit vaststaat, maar bij veranderingen in de samenleving opnieuw kunnen worden omschreven. Hierop kom ik in paragraaf 3.5 terug.

167. De redelijke persoon is in het Amerikaanse, maar ook het Nederlandse strafrecht een beproefd middel om de toepassing van bijvoorbeeld strafuitsluitingsgronden te reguleren. Met behulp van het concept van de redelijke persoon is het mogelijk om rekening te houden met de achtergronden van het gedrag en de persoon van de verdachte, zolang dat gedrag conform een *redelijk* denkende persoon zou zijn. Dit is een fictieve derde aan wie de rechter vraagt wat hij in de omstandigheden waaronder de verdachte moest handelen zou hebben gedaan. Indien de redelijke persoon zou antwoorden precies dat te hebben gedaan wat de verdachte heeft gedaan, dan dient het beroep op een strafuitsluitingsgrond gehonoreerd te worden. Voorstanders van cultureel verweer menen dat hiermee onvoldoende recht gedaan wordt aan de culturele bepaaldheid van het gedrag. Iedereen wordt naar het lijkt met één maat gemeten, ter-

²³⁸ Zie nr. 136 in dit hoofdstuk.

wijl dat in de praktijk onmogelijk is. Wat redelijk is, moet worden beoordeeld op basis van de culturele achtergrond van de verdachte.²³⁹

Deze opvatting heeft belangrijke consequenties. Zij vertrekt vanuit de gedachte dat het recht de mens *juridiseert*, ontkoppelt van zijn werkelijke zijn, terwijl die ontkoppeling onmogelijk kan worden gemaakt. De mens moet in het recht niet worden opgevat als subject, dat los kan worden gedacht van zijn contingente (cultureel bepaalde) achtergrond, maar als *concreet* individu, ingebed in een bepaalde gemeenschap, handelend vanuit bepaalde normen die hij niet zomaar van zich af kan zetten.²⁴⁰ De gedachte die hiermee samenhangt, is de openbaring van het vermeende verholde *ideologische* karakter van de *juridische* mens.²⁴¹ De juridische mens, rechtssubject genoemd, is niet een inhoudelijk neutraal concept, dat op alle situaties toepasbaar is, maar een politiek geladen concept, dat uitdrukking geeft aan de cultuur van de dominante groep in een samenleving. Die dominante partij of groep kunnen mannen zijn, leden van de dominante cultuur, of een combinatie van beide. In alle gevallen is de kritiek dezelfde: het concept rechtssubject creëert juridische categorieën die een simplificatie van de werkelijkheid weergeven waarin de relaties tussen mensen over het hoofd worden gezien en miskend.²⁴²

Met betrekking tot het strafrecht wordt dit als volgt vertaald: allochtone justitiabelen plegen strafbare feiten, die in overeenstemming met de eigen groepsnormen zijn. Zij plegen dat gedrag uit overtuiging zo te moeten handelen, met andere woorden conform het relatiepatroon dat zij kennen. De staat breekt in op dat relatiepatroon door essentiële uitingen (gedragingen) daarvan strafbaar te stellen, omdat ervan uitgegaan wordt dat ieder *redelijk mens* (elk rechtssubject) dergelijk gedrag niet zou plegen.

168. Deze kritiek verwijst naar de praktijk van het dagelijks handelen. Dit zien we bijvoorbeeld in de uitleg van de plaats van bepaalde culturele delicten in de groep waartoe de verdachte behoort.²⁴³ Met behulp van deze omschrijving kan, zo is de gedachte, een ‘meer adequate beschrijving van de werkelijkheid’ worden gegeven.²⁴⁴ Er is dan echter sprake van wat wordt genoemd ‘afbeeldingsdenken’: juridische begrippen moeten zodanig worden aangepast, dat hun inhoud aansluit bij de werkelijkheid. De juridische mens, samengevat met het begrip rechtssubject moet niet worden gezien als ‘gecontextualiseerd’, dat wil zeggen een van zijn historische inbedding ontdaan subject. De mens is ingebed in een bepaalde geschiedenis. Zijn positie wordt bepaald door de context waarin hij zich beweegt. Hieruit volgt dat de mens in het recht niet zonder die context mag worden beoordeeld. Deze kritiek gaat dieper dan de enkele constatering dat de beoordeling van gedrag vanuit een bepaalde culturele achtergrond moet worden gezien. Zij ondergraaft de klassieke manier waarop de mens in het recht wordt omschreven en herdefinieert als het ware de antropologie van de mens in het recht.²⁴⁵

169. Galenkamp heeft twee kritiekpunten op dit afbeeldingsdenken. In de eerste plaats kan een grotere aandacht voor concrete ervaringen van mensen leiden tot essentialis-

²³⁹ Zie Renteln 2004, p. 187-188.

²⁴⁰ Zie Benhabib 1992, p. 158-164.

²⁴¹ Zie Brockman 1979, p. 46.

²⁴² Zie Benhabib 1992, p. 148-158.

²⁴³ Zie Evans Pritchard en Renteln 1994, p. 5-8, 13-18, Matsumoto 1995, p. 508-516.

²⁴⁴ Galenkamp 1994, p. 18.

²⁴⁵ Zie Brockman 1979, p. 43-48.

me.²⁴⁶ Vertaald naar cultureel verweer wijzen verschillende auteurs er bijvoorbeeld op, dat als gevolg van het cultureel verweer een stereotype beeld wordt gevormd van de allochtone cultuur, die scherp wordt afgezet ten opzichte van de autochtone cultuur. Cultureel verweer houdt zelfs een onderscheid in stand tussen de premoderne allochtone cultuur en de (post)moderne autochtone cultuur, die onverenigbaar zijn.²⁴⁷ Klassiek in dit verband is het onderscheid tussen de moderne westerse schuldcultuur en de eer- en schaamtecultuur van veel landen waar allochtonen vandaan komen.²⁴⁸ Een dergelijk onderscheid maakt het mogelijk om allochtone justitiabelen zo van de ontvangende samenleving te onderscheiden dat het normaal is om hen bijzondere bescherming te bieden. Deze laatste stap is echter niet meer vanzelfsprekend. De ontwikkelingen in de Nederlandse samenleving hebben laten zien dat voornoemd onderscheid wordt gebruikt om aan te tonen dat allochtonen niet zijn geïntegreerd en daardoor een gevaar vormen voor de ontvangende samenleving. Dit hangt samen met een manier van denken, die de allochtone justitiabele tegenover de ontvangende samenleving plaatst. Een effect daarvan is dat de veronderstelling kan worden ontwikkeld dat, omdat het handelen cultureel bepaald is, de verdenking van een strafbaar feit eenvoudig kan worden omgezet in een bewezenverklaring van het ten laste gelegd feit. Rekening houden met culturele verschillen heeft dan een averechts effect: de culturele achtergrond van allochtone justitiabelen wordt tegen hem gebruikt, in plaats van in zijn voordeel.

In de tweede plaats wijst Galenkamp op een kentheoretisch probleem met betrekking tot de 'feitelijke en noodzakelijke afstand tussen theorievorming en praktijk, en hieraan gekoppeld, de rol die begrippen in deze afstand innemen.'²⁴⁹ Met behulp van het concept ficties, zoals onder andere uitgewerkt door Fuller, wijst Galenkamp op het belang juridische begrippen niet op te vatten als afbeeldingen van de werkelijkheid, die de kloof tussen werkelijkheid en theorie zouden moeten overbruggen. Een fictie moet worden gezien als instrument waarmee de werkelijkheid 'inzichtelijk' kan worden gemaakt. Ficties hebben een 'abstraherende functie', niet bedoeld om de werkelijkheid te vereenvoudigen maar om de diversiteit van de werkelijkheid inzichtelijk en werkbaar te maken. Zij vormen een kapstok voor het denken. 'Zonder gebruik te maken van artificiële constructies als concepten zou wetenschap bedrijven onmogelijk zijn'.²⁵⁰

Juridische concepten vallen dan ook nooit samen met de werkelijkheid. Zij zijn een door de mens vastgestelde constructie, een resultaat van ons denken en hebben een 'principeel tijdelijk karakter'.²⁵¹ Ook dit tijdelijke karakter draagt er aan bij dat juridische begrippen open kunnen zijn, dat wil zeggen kunnen bijdragen aan een herinterpretatie van de werkelijkheid.

170. De korte uiteenzetting van het belang juridische begrippen te zien als ficties brengt ons vooral op de noodzaak afstand te nemen van het gevaar van wat Ter Heide hypostasering noemde. Hypostasering is 'het toekennen van absolute geldigheid aan een vooronderstelling zonder dat de eis van verificatie of toetsing wordt gesteld, ja zelfs zonder dat bewustzijn bestaat dat uitgegaan wordt van een vooronderstelling'.²⁵² Juridi-

²⁴⁶ Galenkamp 1994, p. 19.

²⁴⁷ Zie Van Walsum 1992, p. 13-16, Galenkamp 2002b, p. 188.

²⁴⁸ Zie Siesling 2004, p. 21-24, 42.

²⁴⁹ Galenkamp 1994, p. 20.

²⁵⁰ Galenkamp 1994, p. 23.

²⁵¹ Galenkamp 1994, p. 24.

²⁵² Ter Heide 1965, p. 14.

sche begrippen worden gezien als afbeelding van de werkelijkheid, zonder dat wordt erkend dat die omschrijving van het begrip slechts een fictie is, dus niet de pretentie kan hebben die werkelijkheid af te beelden. Als we dan terugkeren naar het concept rechtssubject of redelijke persoon dan wijzen deze begrippen niet op een letterlijke afbeelding van de mens als mens, maar worden zij van de werkelijkheid geabstraheerd als gevolg van het feit dat zij een door de juridische taal gevormde constructie zijn.

In termen van Foqué en 't Hart kunnen we juridische begrippen *contrafaktisch* noemen.²⁵³ Daarmee wordt ten aanzien van het concept rechtssubjectiviteit bedoeld dat de mens niet met dat concept samenvalt: 'zij is daar als het ware geen afbeelding van maar alleen maar een aspect.'²⁵⁴ Een belangrijk element van de contrafacticiteit van juridische begrippen is dat zij rechtsbescherming mogelijk maakt. Het gaat er om de mens als mens te beschermen tegen de staat, door te voorkomen dat de mens wordt opgesloten in een bepaalde hoedanigheid en vervolgens die hoedanigheid wordt gebruikt als rechtvaardiging om daartegen hard op te treden. 'Dan ontstaat een verdrukend systeem doordat de werkelijkheid wordt gemonopoliseerd: een andere visie is dan niet mogelijk en wordt gecensureerd.'²⁵⁵ Door juridische begrippen echter een contrafaktisch karakter te geven wordt voorkomen het recht een dusdanige structuur te geven dat elke bescherming *tegen* het recht onmogelijk wordt. Rechtsbescherming *tegen* het recht, het tweede niveau van rechtsbescherming, is bedoeld om te voorkomen dat in het recht een visie op de werkelijkheid wordt gepresenteerd die zo vanzelfsprekend is, dat elke discussie daarover onmogelijk wordt. Daaruit volgt dat: 'Teneinde bescherming te bieden dient het recht de juridische begrippen "open te houden".'²⁵⁶

Open juridische begrippen veronderstellen ten eerste het fictieve karakter van juridische begrippen, dat wil zeggen het anti-afbeeldingskarakter van deze begrippen, en ten tweede de mogelijkheid om over de inhoud van juridische begrippen te blijven discussiëren en die aan te passen, zodanig dat voorkomen wordt dat zij een blijvend 'eenduidige' interpretatie houden: 'er moet inderdaad een conceptuele ruimte zijn waarbinnen bemiddeling mogelijk is en blijft.'²⁵⁷ Als contrafaktische begrippen moeten juridische begrippen gezien worden als 'constante bemiddeling tussen idealiteit en feitelijkheid. Zij zijn algemene, onderling samenhangende categorieën die niet opgaan in één welbepaalde materiële invulling.'²⁵⁸ Zij moeten dus niet, het zij nog maar eens herhaald, uitgaan van de gedachte dat een 'levensfeitelijke werkelijkheid' kan worden afgebeeld. De jurist juridiseert, hetgeen betekent dat hij de levensfeitelijkheid in juridische termen omzet en zelfs alleen in die juridische termen die voor de ter discussie staande feiten relevant zijn. Alleen al daardoor kan de jurist niet volhouden de waarheid in zijn oordeel af te beelden. De feitenreconstructie in het strafproces vindt plaats op basis van eigen spelregels, 'van interpreterende selectie en van interpreterende beschrijvingen en benoemingen die uiteindelijk tot strafrechtelijke kwalificatie leiden.'²⁵⁹

Opgepast moet worden die interpretatie als waarheidsvaststelling te omschrijven, want dat zou neerkomen op een reductie van de werkelijkheid tot een eenheid, terwijl meerduidigheid meer in de richting komt. Die meerduidigheid moet niet terzijde worden gesteld, maar juist voor het voetlicht worden geplaatst en worden erkend. Dat

²⁵³ Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 141-144.

²⁵⁴ 't Hart 1997, p. 304.

²⁵⁵ 't Hart 1997, p. 304.

²⁵⁶ 't Hart 1997, p. 306-307.

²⁵⁷ Gutwirth 1995, p. 80.

²⁵⁸ 't Hart 1991, p. 50.

²⁵⁹ 't Hart 1983, p. 443.

schept weliswaar onzekerheid, maar tegelijkertijd mogelijkheden om een ‘ander verhaal’ naar voren te brengen. Die elasticiteit wordt soms tot kunst verheven, alsof het recht alleen maar op zoek moet zijn naar het ander verhaal en daardoor zelf geen eigen verhaal te vertellen heeft. Ik kom hierop zodadelijk terug.

171. De mens in het recht kan zich als gevolg hiervan verschuilen achter het juridische concept van het rechtssubject. Bescherming voor individuele ontplooiing, voor het kunnen leven op basis van een eigen culturele identiteit, lijkt dan alleen mogelijk achter het masker van het rechtssubject. Alleen dan is ook gelijkheid tussen mensen mogelijk. Die gelijkheid moet dan niet zozeer opgevat worden als materiële gelijkheid, maar gelijkheid bestaat in die zin dat het recht ieder mens de ‘status van rechtssubject’ toekent.²⁶⁰ Zouden we een materiële interpretatie van gelijkheid aanhangen, dan betekent dat, dat we op zoek zouden moeten gaan naar wie de mens werkelijk *is*, dus het wezen van de mens moeten zoeken. Volgens Glastra van Loon is dat onmogelijk. De mens is nooit objectief kenbaar; wie hij is, kunnen we nooit bepalen.²⁶¹ Materiële gelijkheid leidt tot de mogelijkheid grip te krijgen op de mens, in de veronderstelling dat grip te krijgen is. Dan wordt bepaald wie de mens *is*, terwijl dat nu juist niet mogelijk is. De mens wordt dan immers definieerbaar. Die definitie is problematisch, want leidt tot hypostasering, verstening van de mens door in dit geval de strafrechtelijke overheid. Dat betekent dat de ruimte tot culturele verschillen slechts mogelijk is voor zover de definieerder toelaat.

Door gelijkheid geen materiële invulling te geven kan de kritiek zijn, dat daardoor een leeg gelijkheidsbegrip over blijft. Ook het niet-invullen van de mens in het rechtssubject leidt tot leegte. Leegte zou men echter ook kunnen omdraaien. Leegte betekent namelijk ook ruimte en het is juist die ruimte die nodig is om je als mens te kunnen ontplooiën. Of zoals Glastra van Loon het stelt: ‘De onbepaaldheid van ons subjectzijn voor ons kennen, het feit dat wij niet kunnen zeggen: zie zó is ons wezen en zó dienen wij ons dus op grond daarvan te gedragen, schept niet een leegte maar ruimte. Ruimte namelijk voor een vrije ontplooiing van ons subjectzijn.’²⁶² Zo moet gelijkheid mijns inziens worden opgevat: als bevrijding van dominantie, in dit geval van het bepalen van de plaats van iemand in een gemeenschap. Dat kan alleen als wordt erkend dat de samenleving niet meer een uniforme gemeenschap is, maar blijvend geconfronteerd zal worden met verschillende bronnen van recht, die het leven van mensen vorm geeft.²⁶³

Deze op zichzelf ‘oncomfortabele’ want onzekerheid gevende positie²⁶⁴ kan niet worden hersteld door ervan uit te gaan dat het recht de afbeelding is van een uniforme cultuur. De oncomfortabele positie waarin de samenleving zich geplaatst ziet kan echter worden omgezet in een positie die juist ruimte geeft om na te denken over een andere manier om met culturele verschillen rekening te houden. Deze andere manier vindt haar fundamenteel niet in een constructie van materiële gelijkheid,²⁶⁵ maar in de

²⁶⁰ Zie Galenkamp 1994, p. 27.

²⁶¹ Glastra van Loon 1980, p. 46.

²⁶² Glastra van Loon 1980, p. 47.

²⁶³ Zie Gutwirth 1998, p. 150-151.

²⁶⁴ Zie Ricoeur 2000, p. 93.

²⁶⁵ Habermas wijst erop dat het concept materiële gelijkheid, ontstaan als reactie op de erkenning dat formele gelijkheid geen werkelijke gelijkheid van burgers met zich bracht en sociale ongelijkheid in stand hield, leidt tot een paternalistisch overheidsoptreden dat elke ontplooiingsmogelijkheden van burgers ontnemt, waardoor de vrijheid van handelen, waar het ook materiële gelijkheid om

opvatting van het recht zelf dat ruimte biedt voor maatschappelijke ontwikkelingen en erkenning van de steeds verder gaande culturele diversiteit van de samenleving en de zoektocht deze diversiteit *binnen* de bestaande structuren een plaats te bieden. Dat laatstede duidt er op dat niet gezocht moet worden naar de ontmanteling van het bestaande stelsel, of het ontwikkelen van stelsels *naast* het statelijke recht, maar door binnen het bestaande recht ruimte te zoeken voor diversiteit.

172. Samenvattend bleek dat de ruimte die volgens aanhangers van cultureel verweer nodig is om rekening te houden met culturele verschillen niet kan worden ingevuld door juridische begrippen op een zodanige manier te relativiseren dat zij beter aansluiten bij de zogenaamde werkelijkheid van ons handelen. Juridische begrippen kunnen worden omschreven als ficties die niet zozeer bedoeld zijn om afstand te bewaren tot de werkelijkheid, maar om de complexiteit van de werkelijkheid inzichtelijk te maken. Door juridische begrippen op een dergelijke wijze opvatten, ontstaat geen geslotenheid ten aanzien van maatschappelijke ontwikkelingen maar juist ruimte voor verdere ontwikkeling van het recht in een multiculturele samenleving. Daarbij is tot nu toe vooral gewezen op het noodzakelijk onbepaalde karakter van juridische begrippen. Daarmee is echter slechts de helft van het verhaal verteld. Door juridische begrippen als onbepaald te omschrijven, lijken we de samenbindende kracht die van juridische begrippen in een samenleving wordt verwacht, te ontnemen.²⁶⁶ De contrafacticiteit van juridische begrippen moet met andere woorden nog een andere kant hebben, waarin de kracht van het positieve recht als bindende factor wordt benadrukt maar ook de inbedding van het recht in cultuur tot uitdrukking komt. Het is deze positie die van juridische begrippen geen onbepaalde begrippen maakt, maar *onderbepaalde* begrippen. Ik werk dit en de consequenties hiervan in paragraaf 3.5 uit.

3.4.6 Conclusie

173. In deze paragraaf is aan de hand van drie vragen die aan het eind van paragraaf 3.3 werden geformuleerd getracht inzicht te verschaffen in de algemene mogelijkheden waarin het recht rekening kan houden met culturele verschillen. Als uitgangspunt is genomen het concept van de democratische rechtsstaat, dat kort is uitgewerkt. Daarna is ingegaan op drie vragen die betrekking hadden op a) de betekenis van rechtsbescherming en het adresaat van rechtsbescherming bij cultureel verweer, b) de betekenis van tolerantie en assimilatie en c) de noodzaak van accuratesse of relativisering van juridische begrippen om hen in overeenstemming te brengen met de ervaringen van allochtonen.

Voorop gesteld zij dat mijns inziens een democratische rechtsstaat tot doel heeft culturele diversiteit te organiseren. Een democratische rechtsstaat die niet multicultureel kan zijn, is ondemocratisch en miskent de vrijheden die burgers als rechtssubjecten

te doen is, ernstig wordt belemmerd. Zie Habermas 1996a, p. 406-409.

²⁶⁶ In dit verband kan nog worden gewezen op een recente bijdrage van Rozemond (2006) die meent dat de openheid van het recht zover wordt opgerekt dat daarmee de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat ernstig onder druk kunnen komen te staan. Vertrekkend vanuit het idee van de in het strafrecht dominante 'cultuur van controle' stelt Rozemond dat de openheid van juridische begrippen in een dergelijk dominant strafrechtelijk denken de democratische rechtsstaat kan ondermijnen. In paragraaf 3.5 zal ik indirect kritiek leveren op deze overigens belangrijke ideeën door aan te geven dat juridische begrippen nooit zomaar een bepaalde omschrijving kunnen hebben, maar die altijd refereert naar de fundamentele van de democratische rechtsstaat, welke *primaire waarden* m.i. nooit terzijde mogen worden geschoven.

genieten en die door de rechtsstaat (en de daarin vervatte mensenrechten) worden beschermd. Daarmee is niet gezegd dat elke mate van culturele diversiteit kan worden omarmd. De organisatie van culturele diversiteit vindt niet plaats vanuit een nulpunt, maar vanuit een bestaande gemeenschap, met rechtsnormen die gedrag reguleren. Die rechtsnormen bieden niet alleen de mogelijkheid om overtreding daarvan te bestraffen (de instrumentele kant van de democratische rechtsstaat), maar ook de vrijheden van burgers te garanderen (de rechtsbeschermende kant van de democratische rechtsstaat).

De rechtsbeschermende kant heb ik op een aantal manieren nader uitgewerkt. Ten eerste is aangegeven dat rechtsbescherming niet betekent dat een groepsrecht in het strafrecht gewenst is. Dit laat reeds zien, dat een democratische rechtsstaat niet alles kan tolereren. Aangegeven is dat tolerantie geen onverschilligheid met zich brengt, dat wil zeggen een houding die erop neerkomt dat men feitelijk niet geïnteresseerd is in de ander en binnen de eigen groep de eigen interpretatie van heersende normen de enig juiste acht. Tolerantie is een deugd die erop neer komt de ander serieus te nemen, het debat met hem aan te gaan en te zoeken naar mogelijkheden om de praktijk, die men zelf afwijst, toch te accepteren. Dit vraagt om een actieve proceshouding, waarin van de rechter kan worden verlangd dat hij bereid is het *verhaal* van de verdachte aan te horen en te gebruiken in de uiteindelijke beoordeling. Van de verdachte kan een zekere assimilatie worden verwacht. Deze politieke assimilatie houdt in dat van een verdachte mag worden verwacht dat hij begrijpt dat zijn verhaal kritisch zal worden beoordeeld, dat getracht wordt de inhoud ervan te verifiëren en dat als gevolg daarvan de mogelijkheid bestaat dat hij over de inhoud van de overtuiging waarop hij stelde te moeten handelen kan worden bevraagd.

Mijns inziens komt dit overeen met het concept tolerantie dat ik hierboven heb omschreven en waarin respect voor andere culturen alleen dan geboden wordt, als het verhaal dat wordt verteld kritisch wordt benaderd, daarover in gesprek wordt getreden en wordt vermengd met de andere ervaringen en verhalen, zodat op basis daarvan een beter begrip mogelijk is. Dat betere begrip hoeft niet gepaard te gaan met een relativisering van de eigen juridische begrippen, zoals voorgesteld voor voorstanders van cultureel verweer. De gedachte dat de accuratesse van het juridisch oordeel wordt vergroot als het recht afbeelding is van een bepaalde culturele werkelijkheid, mist echter zijn doel nu slechts één waarheid voorop wordt gesteld ten koste van andere opvattingen. Het gevolg is insluiting van groepen van personen in één interpretatie van de waarheid, zonder na te gaan of die interpretatie in overeenstemming is met de ervaringswereld van een individuele justitiabele. De relativisering van juridische begrippen moet zo worden begrepen, dat moet worden erkend dat het recht een ideologische betekenis heeft, in die zin dat het de afbeelding kan zijn van een bepaalde dominante werkelijkheidsopvatting, die zo vanzelfsprekend wordt, dat zij natuurlijk wordt. Maar daartegenover moet niet een nieuwe werkelijkheidsopvatting worden geplaatst die evenzeer een vorm van afbeeldingsdenken is. De contrafacticiteit van juridische begrippen moet voorkomen dat de interpretatie van juridische begrippen van de Staat noch die van groepen versteent.

3.5 Het belang van het recht

3.5.1 Inleiding

174. In deze laatste paragraaf staan twee vragen centraal. In de eerste plaats wordt nader ingegaan op het belang van het statelijke recht. De vraag die wordt beantwoord, is

in hoeverre recht een cultureel fenomeen is en welke consequenties daaruit kunnen worden afgeleid voor de vraag in hoeverre het recht kan openstaan voor culturele verschillen. In de tweede plaats wordt nagegaan aan welke grenzen ‘open begrippen’ kunnen worden gebonden. Daarvoor zal het concept contrafacticiteit nogmaals moeten worden bekeken. Daaruit kan worden afgeleid dat de ruimte voor culturele verschillen tegelijkertijd ook begrenzing met zich brengt. Hiervoor heb ik aangegeven dat de enkele constatering dat juridische begrippen open begrippen zijn, nog niet voldoende is om aan te geven wat nu precies de ruimte is voor culturele verschillen. Zouden we hier echter stoppen dan zouden we de historische inbedding van het recht over het hoofd zien en te gemakkelijk bestaande systematische omschrijvingen van het recht terzijde kunnen schuiven. Eerder heb ik aangegeven dat ik wil vasthouden aan de bestaande juridische systematiek. Dat kan alleen worden gerechtvaardigd als wordt erkend dat het recht een historische inbedding heeft.

3.5.2 *De kwetsbare historiciteit van het recht*

175. De discussie over de ‘redelijke persoon’ in het recht, zoals hiervoor is weergegeven, kan op een hoger plan worden getrokken als de vraag wordt gesteld wat met het concept redelijke persoon wordt beoogd. Critici lijken te stellen dat daarmee het recht wordt ontdaan van zijn *culturele* context, dat wil zeggen de inbedding van het recht in een bepaalde cultuur. In de Amerikaanse politiek-theoretische discussies heeft dit geleid tot een nieuwe thematiek, namelijk de culturele studie van het recht. Kenmerkend voor deze studie is de erkenning dat het recht een door en door cultureel fenomeen is.²⁶⁷ Recht is een aspect van cultuur waardoor het recht nooit volledig kan worden begrepen zonder de context waarbinnen het recht functioneert te bestuderen.²⁶⁸ Dit vraagt om historische en sociologische analyses die bestuderen hoe het recht in een gemeenschap en de daarin liggende culturele normen functioneert.²⁶⁹ Deze culturele inbedding van het recht vinden we ook bij Radbruch.²⁷⁰ Voor Radbruch is het recht echter niet een systeem dat aan cultuur vooraf gaat, maar een integraal onderdeel van cultuur. Recht en cultuur zijn met andere woorden ‘elkaars integrerende onderdelen.’²⁷¹ Daarmee is echter niet gezegd, dat het recht aan cultuur ondergeschikt is, dat het recht alleen dan rechtvaardig is als het conform de cultuur van een land een bepaalde set normen probeert te handhaven. Dat miskent in ieder geval de ontwikkeling van een cultuur door de tijd en de invloed die mensen door te handelen hebben op cultuur (maar ook de invloed die cultuur heeft op ons handelen). Cultuur heeft een ambivalente relatie tot mensen, in zoverre dat cultuur ons vormt en door ons wordt gevormd, ons voorschrijft hoe te moeten handelen en tegelijkertijd de mogelijkheid biedt over ons handelen na te denken. Cultuur is dus geen ‘tweede natuur’ of ‘dwangbuis’ die ons een bepaalde onveranderlijke plaats geeft, maar wat Foqué en Zijdeveld een ‘heuristisch kader’ noemen. De normen waaraan wij door de cultuur gebonden zijn, zijn niet voortgekomen uit de natuur der dingen, maar uit de relaties die wij met anderen aangaan en ontwikkelen in elke ontmoeting telkens opnieuw wordt vormgegeven en in nieuwe ontmoetingen tot een nieuw begrip kan leiden.²⁷²

²⁶⁷ Zie Mezey 2001.

²⁶⁸ Zie o.a. Sarat en Kearns 1998, Riles 2005.

²⁶⁹ Zie Kahn 2001, p. 150.

²⁷⁰ Zie o.a. Radbruch 2003, p. 34.

²⁷¹ Foqué en Zijdeveld 1999, p. 11. Zie ook Claes en Vrielink 2006, p. 308.

²⁷² Zie hoofdstuk 4, nrs. 199–200.

176. Als we het recht als die regels zien die deze relaties vormgeeft en afbakent, dan vormt het recht kern van een cultuur. 'Het draagt als het ware een fundamentele structuur aan, waaraan een maatschappij zich spiegelt en waaraan zij haar eigen identiteit ontleent. In het recht drukt een maatschappij zich als het ware uit: *bouche de la loi*.'²⁷³ Die uitdrukking moet niet gezien worden als de uitdrukking van de dominante liberale theorie zoals Walzer meent. Walzer stelt dat een dergelijke theorie gepaard gaat met een drang naar neutraliteit, die ertoe leidt dat nadere interpretatie van de maatschappij door het recht niet meer nodig is. We hebben een invulling van een dergelijke interpretatie in hoofdstuk 2 gezien bij Maris, die meent dat een neutrale staat juist bijzonder veel ruimte overlaat voor culturele diversiteit, zij het dat die beperkt is tot de private sfeer.²⁷⁴ Walzer noemt dit hypocriet, omdat daardoor een bepaalde cultuur meer beschermd wordt dan andere culturen.²⁷⁵ Dat het recht zich in een bepaalde maatschappij uitdrukt, wil echter niet zeggen dat daarover geen discussie gevoerd kan worden. Omdat het recht uitdrukking is van relaties, moeten deze relaties zichtbaar zijn en inzicht worden gegeven in de keuzes en de context waarin die keuzes worden gemaakt. In het recht worden die relaties *rechtsbetrekkingen* genoemd;²⁷⁶ zij wijzen op een verhouding tussen mensen die niet wordt bepaald door begrippen met een vaststaande betekenis, maar vormen een betrekking die door steeds veranderlijke normen en beginselen wordt bepaald.²⁷⁷

177. Alleen dan kan het recht meer zijn dan het enkel afdwingen van regels, maar ook uitdrukking zijn van de gemeenschappelijke waarden van de cultuur. Het recht vormt de betekenisvolle kern van een cultuur, en geeft daaraan een 'publieke stem.' Het recht is de taal van de gemeenschappelijke uitdrukking van waarden van de maatschappij en dus uitdrukking van de cultuur en daarmee het belangrijkste bindweefsel van de maatschappij. Het recht vormt daarin niet alleen 'de publieke expressie van de waarden en normen die de kern van de cultuur vormen, ook fungeert het tezelfdertijd als de kanalisatie van de publieke ervaring en als vormgeving van het beheer van deze waarden en normen' voor burgers en bestuurders van de gemeenschap.²⁷⁸ Riles concludeert op basis hiervan dat in de culturele studie van het recht moet worden erkend dat het recht in een culturele context van historische ontwikkeling, sociale bewegingen en macht is ingebed, maar dat tegelijkertijd het recht een betekenis geeft aan die ontwikkelingen en bewegingen (macht definieert en begrenst), zodat altijd acht geslagen moet worden op de bijzondere technicité van het recht.²⁷⁹

²⁷³ Foqué en Zijdeveld 1999, p. 16. Recht is dan ook een 'actief deel' van een samenleving, niet een enkel technisch werktuig dat aan de samenleving wordt toegevoegd (Geertz 1983, p. 218). Sterker, recht is een bijzondere manier om de samenleving weer te geven, niet alleen haar een fundamentele structuur aan te dragen maar die fundamentele structuur ook uit te dragen, waardoor een samenleving zich kan uitdrukken (Geertz 1983, p. 184). Die uitdrukking is in een westerse samenleving als de Nederlandse een democratisch rechtstatelijke uitdrukking. De democratische rechtsstaat is hierin niet een van buiten opgelegd gegeven, maar een die samenleving inherente, historisch ontwikkelde, uiting. Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 67-110.

²⁷⁴ Zie hoofdstuk 2, nr. 99.

²⁷⁵ Walzer 1994, p. 102.

²⁷⁶ Zie Schalken 1987.

²⁷⁷ Zie Foqué 1992, p. 37.

²⁷⁸ Foqué en Zijdeveld 1999, p. 17.

²⁷⁹ Riles 2005, p. 1029-1033.

178. De erkenning dat een cultuur en dat de interpretatie van regels door samenhandelen verandert,²⁸⁰ valt samen met de contrafakticiteit van juridische begrippen. Zij gaat niet alleen gepaard met de erkenning dat juridische begrippen geen vaststaande betekenis hebben en hun inhoud kan veranderen wanneer de opvattingen over de betreffende rechtsnorm veranderen. Zij gaat gepaard met de erkenning dat het recht een zekere bescheidenheid past. Het recht is verbonden met het handelen van subjecten in een ruimte die niet door wetmatigheden wordt beheerst, maar waarin ruimte bestaat voor het onvoorzienbare.²⁸¹

Dit is tevens een kritiek op de veronderstelling dat het recht kan worden toegepast om een zekere politiek te bedrijven, die er of op gericht is om burgers als mens volledig te laten aanpassen aan een bepaalde interpretatie van de dominante cultuur (culturele assimilatie), of die erop gericht is om elke cultuur een eigen sfeer te geven waarop het statelijke recht geen invloed heeft (cultuurrelativisme). Het recht is noch een systeem van regels, dat aan cultuur vooraf gaat, noch een systeem van regels dat volledig wordt gedomineerd door een onveranderlijk geachte cultuur. Het recht heeft in termen van Foqué een kwetsbare historiciteit, waarin erkend moet worden dat het ingebed is in een bepaalde cultuur, en tegelijkertijd de noodzakelijke distantie van de werkelijkheid biedt.²⁸² Het recht is zoals gezegd geen afbeelding van de werkelijkheid, maar kenmerkt zich door ruimte, namelijk ruimte waarin de mogelijkheid bestaat om met de veranderingen in een cultuur rekening te houden.²⁸³ Hieruit volgt niet dat elke verandering in het recht kan worden geaccepteerd. 't Hart geeft aan dat de elasticiteit die met open juridische begrippen mogelijk is ook misbruikt zou kunnen worden door het verhaal dat de jurist vertelt zo te kunnen verfijnen dat daardoor een 'rimpelloze ordening' overblijft. De suggestie kan zijn dat invoering van een cultureel verweer alle conflicten tussen allochtonen en autochtonen wegneemt, juist omdat het recht aan de nieuwe maatschappelijke constellatie van de multiculturele samenleving recht zou doen. De jurist die blijk geeft van deze nieuwe constellatie moet dan bereid zijn het eigen recht even weg te denken ten voordele van het perspectief van de allochtone justitiabele maar dat brengt geen zekerheid met zich dat de conflicten ook daadwerkelijk uit de wereld worden geholpen, alleen dat ten koste van alles wordt geprobeerd dat doel te bereiken.²⁸⁴

3.5.3 *De dubbele betekenis van contrafakticiteit*

179. Het toelaten van elke mogelijke verandering leidt echter tot nihilisme.²⁸⁵ Daarvan is sprake als aan het recht geen enkele gezaghebbende werking wordt toegekend, met als gevolg dat het in bijvoorbeeld interculturele conflicten geen betekenis heeft. Een dergelijk ethisch relativisme kan tot de paradoxale situatie leiden dat het recht niet meer de publieke taal van de gehele maatschappij is, maar van een bepaalde gemeenschap, dat als instrument wordt gebruikt om andere gemeenschappen in een bepaalde ruimte te dwingen zich aan de normen van de dominante gemeenschap te binden. Hieruit volgt dat juridische begrippen niet zomaar iets kunnen betekenen, maar de betekenis samenhangt met de interpretatie van die begrippen in het dagelijks taalgebruik,

²⁸⁰ Zie hoofdstuk 4, nr. 199.

²⁸¹ Zie Foqué 1986, p. 1.

²⁸² Foqué 1986, p. 4-5.

²⁸³ Zie Foqué en Zijdeveld 1999, p. 21.

²⁸⁴ 't Hart 1983, p. 448-449.

²⁸⁵ Zie Brouwer 2001, p. 40-41.

maar ook met de historische interpretatie die aan deze juridische begrippen is gegeven. Dit betekent dat juridische begrippen een beperkt betekenisbereik hebben. De bestaande systematiek van het recht bepaalt in belangrijke mate het verhaal dat de jurist kan vertellen. Vandaar dat het recht, in termen van 't Hart,²⁸⁶ ingebed is in de macht van de bestaande verhaalsstructuur van het recht. Een regel kan als gevolg hiervan niet zomaar worden veranderd. Verandering kan alleen plaatsvinden als de basis van die regel verandert. Tegelijkertijd geldt ook hier dat die inbedding een aspect is van de vrijheid om iets nieuws te doen.

180. De diversiteit die het recht kan bieden is begrensd. Het recht maakt niet elke gemeenschap mogelijk, maar een democratisch rechtsstatelijke gemeenschap, waarin bepaalde waarden als uitgangspunt worden gekozen en waarin over de concrete uitwerking van die waarden nog de nodige discussie mogelijk is. Hierbij kan worden aangesloten bij de opvattingen van Kekes, die een *pluralisme* aanhangt waarin onderscheid wordt gemaakt tussen *primaire* en *secundaire* waarden.²⁸⁷ Primaire waarden zijn die waarden, die door iedereen gedeeld worden en cultuuroverstijgend zijn. Secundaire waarden zijn invullingen van primaire waarden en cultuurgebonden, dus afhankelijk van de context waarin waarden tot ontwikkeling zijn gekomen. De vraag is welke waarden primair zijn en welke secundair. Daarover verschillen de meningen. Sommige auteurs stellen dat alleen die waarden primair zijn, die te maken hebben met ons mens-zijn; wij moeten allemaal worden gevoed als we jong zijn, hebben allemaal de geborgenheid in een bepaalde omgeving nodig, moeten gekleed worden. 'Mensen lijken een natuur te hebben, dat wil zeggen capaciteiten, emoties en een aard die universeel en relatief permanent zijn, die we hebben aangeleerd als deel van de erfenis van de soort, of door de natuur der dingen en die bepaalde handelingen genereren.'²⁸⁸ Andere auteurs koppelen het concept primaire waarden los van het mens-zijn en verbinden de gedachte van primaire en secundaire waarden aan het recht. 't Hart stelt aan de hand van Dworkin dat in een samenleving die Dworkin een 'society of principle' noemt, het samenhandelen of samenleven wordt gedefinieerd in termen van *beginselen*. Het handelen van mensen moet in overeenstemming zijn met algemene basisbeginselen als gerechtigheid en billijkheid die elke mens in die samenleving tot verantwoordelijk burger maakt ten opzichte van zijn medeburgers.²⁸⁹ In een dergelijke samenleving vormen de primaire waarden de waarden van billijkheid en gerechtigheid. Secundaire waarden zijn concrete invullingen van deze primaire waarden die bij veranderende samenstelling van de samenleving kunnen veranderen. Hieruit volgt ook dat aanpassingen van het recht aan de culturele diversiteit van de samenleving nooit zover kunnen gaan dat daardoor de primaire waarden van de gemeenschap worden ontmanteld.

181. De primaire waarden van gerechtigheid en billijkheid vormen de erkenning van de democratische rechtsstaat als concept van een type staat die universele betekenis toekomt. De culturele verscheidenheid van de samenleving kan dan ook nooit leiden tot ontmanteling van het rechtsstatelijke karakter van de gemeenschap ten voordele van de niet- of anti-rechtsstatelijke opvattingen van (bepaalde) minderheidsgroepen.

²⁸⁶ 't Hart 1983, p. 460-461.

²⁸⁷ Kekes 1993, p. 18-19.

²⁸⁸ 'Human beings then, do seem to have a nature (...) that is, capacities, emotions and dispositions which are universal, relatively permanent, acquired as part of their species-heritage or by nature, and which tend to generate certain kinds of actions.' Zie Parekh 2000, p. 117.

²⁸⁹ 't Hart 1994, p. 177-178, noot 17.

De democratische rechtsstaat garandeert niet alleen een zekere mate van culturele verscheidenheid, zij beschermt zichzelf tegen een te ver doorschietende culturele diversiteit die leidt tot ontmanteling van de democratische rechtsstaat. Bij voorbaat is niet te zeggen wanneer dat precies is. We kunnen in ieder geval denken aan terrorisme, dat wil zeggen gedragingen met het oogmerk de samenleving te ondermijnen, maar ook aan gedragingen die de fundamentele waarden van gelijkheid en behoud van culturele diversiteit proberen kapot te maken. Bij voorbaat is niet te zeggen welke gedragingen daaronder kunnen worden geplaatst. Gedragingen die slachtoffers maken komen er sneller voor in aanmerking dan slachtofferloze delicten, gezien het belang dat hiervoor aan bescherming van slachtoffers is gehecht.²⁹⁰ Maar wanneer sprake is van slachtoffers is niet direct duidelijk. We zouden hier kunnen denken aan hen die fysieke schade zijn toegebracht, maar hier geldt dat fysieke schade geen eenduidig begrip is,²⁹¹ nu diverse vormen van piercings bijvoorbeeld niet strafbaar zijn.²⁹² Zou dat betekenen dat de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis ook niet strafbaar moet zijn? De politieke consensus is echter dat elke vorm van meisjesbesnijdenis strafbaar is.²⁹³ Daaruit blijkt dat verschillende vormen van schade op verschillende manieren worden beoordeeld. De ondergrens wat de rechtsstaat ondermijnt en wat niet, is met andere woorden geen eenduidige norm, zoals in hoofdstuk 4 nog nader zal worden uitgewerkt. Hier geldt echter wel de algemene grens: een rechtsstaat staat open voor diversiteit zolang die diversiteit de rechtsstaat zelf niet ondermijnt. Dit vloeit voort uit wat Gutwirth het polyfone karakter van de democratische rechtsstaat noemt. Zijn argumentatie vat hij als volgt samen.

‘In polyfone muziek verlopen verschillende muzikale lijnen of melodieën simultaan naast elkaar, zonder hiërarchie of dominante stem. Toch is het geheel geen kakofonie, geen wanklinkend, ongeorganiseerd en toevallig geheel van klanken. Het geheel blijft muziek. De verschillende zelfstandige melodieën zijn wel degelijk op elkaar afgestemd. Dat gebeurt via de (‘bemiddelende’) regels van het contrapunt die, zonder één melodie te bevoordelen of het overwicht te geven, bepalen wat samengaat en wat niet. Aldus bepaalt elke melodie in haar voortgang (‘in real-time’) de mogelijkhedenvoorwaarden van de andere melodieën en vice versa, waarbij deze constante interactie tussen de melodieën door het contrapunt binnen de contouren wordt gehouden van wat uiteindelijk in zijn geheel een muzikaal resultaat behoort te zijn. Kortom: in een polyfonie functioneert melodische veelheid als een muzikale eenheid.’²⁹⁴

Wanneer deze muzikale uitstap naar de democratische rechtsstaat wordt vertaald, kan deze eveneens als polyfoon worden omschreven, in die zin dat – zonder in chaos te vervallen – een veelheid aan mogelijkheden aan burgers wordt overgelaten om hun eigen leven richting te geven. In het strafrecht vinden we deze gedachtegang reeds te-

²⁹⁰ Zie nrs. 158–159 in dit hoofdstuk.

²⁹¹ Dat geldt in zijn algemeenheid voor schade. Zie Harcourt 1999.

²⁹² Zie hiervoor bijvoorbeeld Poulter (1975) die erop wijst dat in Engeland ‘scarving’, ritueel toebrengen van sneetjes in het gezicht, wel strafbaar is, maar het doorprikken van oorleltjes bij jonge kinderen ten behoeve van oorbellen niet strafbaar is. Je kunt je afvragen waar het verschil zit. Een ander voorbeeld is het toelaten van jongensbesnijdenis (in Nederland tot voor kort zelfs vergoed door het ziekenfonds), terwijl de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis (incisie) niet is toegelaten. Ook hier is de vraag wat het verschil is.

²⁹³ Zie hoofdstuk 2, nr. 47.

²⁹⁴ Gutwirth 1998, p. 149–150.

rug bij Beccaria wiens opvattingen van grote invloed zijn op vormgeving van het hedendaagse strafrecht. Deze grootst mogelijke vrijheid voor diversiteit is voor een democratische rechtsstaat noodzakelijk om te kunnen bestaan, dat wil zeggen enerzijds de garantie kunnen bieden vrijheid te geven aan burgers, die zij kunnen gebruiken als burger in het publieke debat bij de vaststelling van wetgeving. Tegelijkertijd moet een democratische rechtsstaat ervoor zorgen zelf te blijven voortbestaan. Een te vergaande vrijheid en diversiteit kan leiden tot, om in muzikale termen te blijven, kakofonie.²⁹⁵

Foqué en 't Hart hebben dit perspectief uitgewerkt aan de hand van het Foucauldiaanse onderscheid tussen 'droit' en 'contre-droit'. De prefix 'contre' verwijst in dit verband naar de mogelijkheid van instrumentalisme, een denken over recht dat rechtsbescherming ondermijnt en daarmee het recht zelf.²⁹⁶ Tegelijkertijd verwijst 'contre-droit' ook naar 'contra-punt', 'vergelijkbaar met het contrapunt als onderdeel van de compositorische techniek in de muziek: in die zin dat het gaat om een positie die haar eigen zelfstandigheid bezit maar tegelijkertijd ook 'punt-voor-punt' de positie van het 'droit' volgens haar eigen wetmatigheden beschrijft.²⁹⁷ 'Contre-droit' is dan geen bedreiging voor het recht, maar een confrontatie met het recht, met de uitgangspunten van het recht die als vanzelfsprekend worden beschouwd en waarvan men meent dat die onveranderlijk zijn. In die zin is contre-droit de uitdaging van het positieve recht, dat zichzelf daardoor telkens moet legitimeren en die legitimatie moet omschrijven.

Hieruit volgt niet alleen dat rechtsbescherming altijd ook het tweede niveau omvat, dat wil zeggen de bescherming tegen verabsolutering van de werkelijkheid, maar tegelijkertijd onderdeel is van de maatschappelijke ordening. Het woord ordening geeft echter al aan, dat die ruimte voor bijvoorbeeld culturele diversiteit niet onbegrensd is, zij het dat de ondergrens niet bij voorbaat valt vast te stellen. Er moet echter een zekere *orde* zijn waarbinnen rechtsbescherming mogelijk is. Zou daarvan geen sprake zijn, dan zou het 'contre-droit' geen tegenhanger zijn van het 'droit' maar het recht zelf eroderen. De ordening die daardoor wordt ontmanteld, lijkt op het eerste gezicht positief nu zij de ruimte voor culturele diversiteit onmogelijk zou maken (zo stelden voorstanders van een cultureel verweer), maar een dergelijke ontmanteling maakt rechtsbescherming uiteindelijk ook niet vanzelfsprekend. Rechtsbescherming die wordt omschreven als tegengesteld aan het positieve recht miskent namelijk dat zij nooit alleen tegenstelling is, maar ook uitdager is van het positieve recht en onlosmakelijk en onvermijdelijk daarmee verbonden.

Alleen die verbinding maakt bescherming tegen het recht mogelijk, stelt de burger in staat zich te 'verzetten' tegen een dominant weten. Rechtsbescherming is in deze visie *instrument* en is dan ook onderdeel van het positieve recht. Het is echter dat onderdeel dat de erkenning met zich brengt dat juridische begrippen 'open' zijn, ruimte laten voor verdere discussie, voor nadere invulling, met andere woorden voor 'verzet' tegen een bepaalde dominante interpretatie door vanuit de historische ontwikkeling van het recht of de individuele rechtsnorm op zoek te gaan naar nieuwe interpretaties. Die moeten recht doen aan de nieuwe samenstelling van de samenleving, maar tegelijkertijd zijn ingebed in de historische ontwikkeling van het recht.²⁹⁸ Aldus moet rechtsbescherming niet worden gezien vanuit het 'keurslijf van de individualisering', dat wil

²⁹⁵ Zie ook Gutwirth en De Hert 2002, p. 126.

²⁹⁶ Foqué en 't Hart 1990, p. 113-128.

²⁹⁷ Foqué en 't Hart 1990, p. 328.

²⁹⁸ Aldus ook Glastra van Loon. 'Wat mogelijk is, kunnen wij echter alleen zien in het licht van wat vooraf gegaan is' (Glastra van Loon 1980, p. 54).

zeggen enkel gericht op bescherming van het individu tegen het recht, maar als ‘relatieneel’, dat wil ten eerste zeggen verbonden ‘met de specifieke instrumentaliteit van het recht’ en dus nooit los van het positieve recht waartegen men zich verzet,²⁹⁹ en ten tweede tot uitdrukking brengen dat elk rechtssubject burger is en zich tegenover ieder ander behoorlijk dient te gedragen.

182. In een multiculturele democratische rechtsstaat worden door middel van het recht grenzen getrokken. De contrafacticeit van juridische begrippen miskent niet dat het recht die grenzen trekt en burgers aldus aansprakelijk gesteld kunnen worden wanneer zij die grenzen overschrijden. Zij drukt ook het belang uit van het positieve recht, zij het dat het hier gaat om een positief recht dat zichzelf blijvend valoriseert en dus nooit stilstaat. Dit vraagt ten eerste om een heldere taal waarin de rechten en plichten van burgers zijn omschreven en waarin de overeenstemming van burgers op basis van democratische besluitvorming tot uitdrukking komt. Misverstanden en conflicten over de juridische taal moeten voorkomen worden en vergen van juristen dus de opdracht om zo helder mogelijk hun taal te omschrijven.³⁰⁰ In de tweede plaats vraagt valorisering van het recht om het verenigen van verschillende juridische systemen tot een gemeenschappelijk recht.³⁰¹ Daarbij gaat het niet alleen om het verenigen van statelijke en bovenstatelijke systemen, maar ook om het verenigen van statelijk recht en groepsrecht, zoals migrantenrecht. Een dergelijke vereniging moet gepaard gaan met een zekere ordening vanuit bestaande beginselen die niet alleen richtinggevend moeten zijn voor een vereniging maar ook de grenzen aangeeft van te verenigen (ongeschreven) rechtsnormen, zonder dat die grenzen de pluriformiteit binnen en van regels onmogelijk maakt. Basis van deze vereniging is volgens ‘t Hart echter een bepaald politiek stelsel, namelijk de democratische rechtsstaat. De waarden van de democratische rechtsstaat, waarin het garanderen van diversiteit een gegeven is, mogen niet door een poging tot vereniging van verschillende waarden terzijde worden gesteld. Impliciet waarschuwt ‘t Hart hiermee voor relativisme, dat een model van samenleven voorstaat waarbinnen verschillende waardesystemen naast elkaar toelaat, maar niet met elkaar. Dit laat zich echter niet met de democratische rechtsstaat verenigen.

In geval van conflicten is het gewenst dat een zo helder mogelijk antwoord wordt geformuleerd op basis waarvan een conflict kan worden opgelost. Dat geldt niet in de laatste plaats voor situaties waarin sprake is van berechting van culturele delicten. We hebben gezien dat voorstanders van cultureel verweer de juridische taal uitdagen en diens eenduidigheid in twijfel trekken en het politieke karakter daarvan op de voorgrond plaatsen. Zij twijfelen aan de culturele neutraliteit van het trekken van grenzen tussen recht en *onrecht* en zien hierin een poging van de dominante meerderheid om de eigen cultuur op te dringen aan de minderheidsculturen. Dat zij daarmee het bestaande positieve recht willen openbreken, in die zin dat zij de ontwikkelingen in de samenleving aan de orde willen stellen, is begrijpelijk als daarmee wordt bedoeld de reflexiviteit van het recht op de voorgrond te stellen. Dit sluit aan bij gedachten die hiervoor zijn weergegeven. Het tweede niveau van rechtsbescherming, en de daarbij horende noodzaak het recht open te houden, richt zich juist op deze reflexie. Zij wijzen op de noodzaak het positieve recht uit te dagen aan nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen en zo nodig daaraan aan te passen.

²⁹⁹ Foqué en ‘t Hart 1990, p. 333.

³⁰⁰ Zie Foqué 2005, p. 1127.

³⁰¹ Zie ‘t Hart 1991, p. 120-121.

Echter, opgepast moet worden daarvoor in de plaats een recht te zetten dat uitmond in een kakofonie van begrippen, die onsamenhangend zijn en (vertaald naar het recht) geen gemeenschappelijk referentiekader voor ons handelen vormen. Voorstanders van cultureel verweer lijken zich niet altijd bewust van de consequenties van hun voorstellen. Zij stellen ofwel dat het recht volledig terzijde moet worden gesteld in geval van berechting van culturele delicten en ontkennen daarmee expliciet de bindende werking van het recht (aanhangers van een formeel verweer), ofwel wensen het recht dermate sterk aan te passen dat het los komt van zijn eigen historische inbedding (aanhangers van een partieel verweer). Dan wordt het debat geen discussie met het recht, met de begrippen en beginselen die daaraan ten grondslag liggen, maar een discussie over het recht. We hebben gezien dat de effecten hiervan averechts kunnen zijn: een discussie over recht zonder gebruik te maken van het begrippen uit het positieve recht kan leiden tot een instrumentalisme dat rechtsbescherming ontmantelt. Juridische begrippen dienen echter enerzijds uitdrukking te zijn van de 'relationele grondstructuur' van de maatschappij, maar tegelijkertijd 'de naar plaats en tijd aangepaste en contingente uitwerking van deze grondstructuur'.³⁰² Het is deze tweeledigheid van juridische begrippen die aan de ene kant *een* uitdrukking is van de maatschappij van een bepaald moment, maar tegelijkertijd nooit *de* uitdrukking is van die maatschappij. Het recht is daarin gericht op handhaving van recht, dat wil zeggen bestrijding van criminaliteit, maar ook het resultaat van een voorlopige omschrijving van de beste manier van samenleven die openstaat voor nieuwe interpretaties daarvan zonder dat de verwerking van die interpretaties tot uitholling van de democratische rechtsstaat zelf leiden.

3.5.4 Conclusie

183. In deze paragraaf is aangegeven dat enerzijds het recht ruimte moet bieden voor diversiteit en geen vaststaande betekenis heeft. Tegelijkertijd is aangegeven dat de ruimte voor diversiteit niet onbegrensd is. Een polyfone democratische rechtsstaat kan niet uiteenvallen in een kakofonie van geluiden, die onsamenhangend zijn en daardoor de symfonie van democratie en rechtsstatelijkheid overstemt en de doelstellingen van de democratische rechtsstaat onmogelijk maken. Respect voor culturele diversiteit kan nooit gepaard gaan met relativering van het belang van het positieve recht. Dat betekent dat moet worden erkend dat het recht een historische inbedding heeft, uitdrukking is van een cultuur, zonder afbeelding van die cultuur te zijn. Dan moet ruimte bestaan voor nadere interpretatie van juridische begrippen, maar betekent ook dat die nadere interpretatie vertrekt vanuit de bestaande opvattingen over recht en de inhoud van juridische begrippen van een bepaald moment. Discussiëren over culturele verschillen in het strafrecht daagt het strafrecht dus uit om zijn begrippen te overdenken, te zoeken naar interpretaties die beter aansluiten bij de nieuwe samenstelling van de maatschappij, zonder die interpretatie volledig te ontkoppelen van de historische inbedding van het recht. Dat zou namelijk leiden tot ontkoppeling van rechtsbescherming van het tweede niveau aan de instrumentele kant van het recht, en daarmee de mogelijkheid om juridische begrippen open te houden. Dit denkmodel vormt niet het eindpunt van de onderhavige discussies, maar slechts het beginpunt. De vraag is immers tot hoever juridische begrippen open kunnen staan voor culturele verschillen. Meer concreet is de vraag hoever rechtsnormen kunnen worden verfijnd door culturele verschillen: welke grenzen kunnen aan culturele verschillen gesteld worden en hoe

³⁰² Foqué en 't Hart 1990, p. 129.

bedden we die ruimte en grenzen binnen de bestaande systematiek van het strafrecht in?

3.6 Slotopmerkingen

184. Het onderhavige hoofdstuk had als centrale vraagstelling in hoeverre het strafrecht *cultuurgevoelig* kan worden, indien het gebaseerd is op het concept van de democratische rechtsstaat. Deze vraag is de eerste vraag van een serie van drie op basis waarvan getracht wordt inzicht te verschaffen in de ruimte en grenzen van culturele diversiteit in leerstukken van materieel strafrecht. De discussie heeft nu geen betrekking op een omschrijving van multiculturaliteit in het strafrecht, maar van de mogelijkheden van multiculturalisme in het strafrecht. Omdat het multiculturalisme zeer veelzijdig is, moest worden gezocht naar een voor het strafrecht te gebruiken handvat, dat richting geeft aan de discussiepunten die moeten worden behandeld om antwoord te geven op de vraagstelling van dit hoofdstuk. Dat handvat was het cultureel verweer.

De Amerikaanse doctrine van het cultureel verweer is niet gebruikt als voorbeeld hoe met culturele verschillen rekening kan worden gehouden, maar als middel om de centrale thema's te achterhalen die in dit hoofdstuk ter beantwoording van de eerste deelvraag van de tweede centrale vraagstelling. Uit de discussie over cultureel verweer zijn drie thema's gedestilleerd, die in het tweede deel van dit hoofdstuk zijn uitgewerkt. In de eerste plaats richtte de discussie zich op het concept rechtsbescherming en de vraag wie adressaat is van rechtsbescherming bij culturele delicten. In de tweede plaats was de vraag hoever het respect voor culturele verschillen reikt en welke grenzen aan tolerantie kunnen worden gesteld. In de derde plaats was de vraag in hoeverre de accuratesse van het juridische oordeel wordt vergroot op het moment dat de vaststelling van aansprakelijkheid afhankelijk wordt van de culturele achtergrond van de allochtone verdachte.

Alvorens daarop in te zijn ingegaan is aangegeven dat in algemene zin in een democratische rechtsstaat ruimte moet bestaan voor culturele verschillen. Dit vloeit voort uit zowel het rechtstatelijke aspect, maar ook uit het democratische aspect van de democratische rechtsstaat. Een democratische rechtsstaat is een type staat die de burger centraal stelt en hem zoveel mogelijk vrijheden geeft om naar eigen inzichten te functioneren dat hij op basis van die inzichten als burger kan deelnemen aan het publieke debat en zijn verworven inzichten in dat debat kan laten meewegen. Deze nog algemene interpretatie van de democratische rechtsstaat verdient op een aantal punten nog nadere uitwerking. Immers, niet aangegeven is hoe de ruimte voor culturele verschillen gestalte kan krijgen en aan welke grenzen die ruimte gebonden kan worden. Weliswaar is aangegeven dat de discussie vertrekt vanuit de democratische rechtsstaat, daarmee implicerend dat die democratische rechtsstaat op zichzelf niet terzijde geschoven kan worden, veel duidelijker worden de ruimte en grenzen daarmee nog niet.

De ruimte en grenzen worden zichtbaarder in de uitwerking van de drie deelvragen. In de eerste plaats hebben we gezien dat het adressaat van rechtsbescherming en dus ook bescherming te leven op basis van bepaalde culturele normen, niet de groep maar het individu is. Dat heeft tot gevolg dat voor de vaststelling van aansprakelijkheid en de ruimte voor culturele verschillen daarin het individuele perspectief moet worden gekozen, niet het perspectief van de groep. Dat de belangen van de groep niet moeten worden veronachtzaamd, zal in hoofdstuk 5 worden uitgewerkt, maar ook daarin zal duidelijk worden dat die belangen langs de lijnen van het individu worden beschermd.

In de tweede plaats moet tolerantie aldus worden uitgelegd, dat ruimte bestaat voor debat. Tolerantie is niet te vereenzelvigen met struisvogelpolitiek, maar is alleen dan mogelijk als de confrontatie met minderheden wordt gezocht en zij worden uitgedaagd aan te geven waarom de betreffende gedraging voor hen zo belangrijk is. Van de zijde van de ontvangende samenleving mag daarbij openheid ten aanzien van het verhaal worden verwacht, hetgeen niet impliceert dat dan direct ruimte voor culturele verschillen mogelijk is. Dat hangt af van de aard van het gedrag, het verhaal van de verdachte en de verhouding tot de democratische rechtsstatelijke grondslagen van het strafrecht. Hieruit volgt dat tolerantie niet losgedacht kan worden van de mogelijkheid allochtonen te dwingen tot op zekere hoogte te assimileren, waarmee ik politieke assimilatie bedoel. Dat wil zeggen dat het democratische rechtsstatelijke karakter van de samenleving moet worden erkend hetgeen ook betekent dat dit karakter niet terzijde kan worden geschoven.

In de derde plaats is aangegeven dat de vermeende vergroting van de accuratesse van het juridisch oordeel door relativering van juridische begrippen en aanpassing van die begrippen aan de culturele achtergrond van de allochtone verdachte, onhoudbaar is. Juridische begrippen mogen geen afbeelding van de werkelijkheid zijn, maar zijn contrafaktisch. Daarmee wordt aan de ene kant bedoeld dat juridische begrippen open zijn en ruimte bieden voor nieuwe ontwikkelingen en van betekenis kunnen veranderen. Daarin bestaat ook ruimte juridische begrippen te herdefiniëren als gevolg van de culturele diversiteit van de samenleving. Aan de andere kant betekent contrafacticiteit niet dat juridische begrippen volledig loskomen van de context waarin zij zijn gevormd. Het recht is historisch ingebed in een bepaalde samenleving en ‘publieke stem’ van *die* samenleving. Hieruit volgt dat de aanpassing van het recht aan veranderende omstandigheden niet betekent dat daarmee de historische inbedding van het strafrecht in de democratische rechtsstaat terzijde kan worden geschoven. Contrafacticiteit heeft, zoals ik heb aangegeven, een dubbele betekenis. Aan de ene kant maakt zij het positieve recht open voor maatschappelijke veranderingen, aan de andere kant zijn die veranderingen alleen mogelijk vanuit de bestaande systematiek van het positieve recht.

Bijlage bij hoofdstuk 3

HOOFDSTUK 4

Rechtsnormen, wederrechtelijkheid en de invloed van cultuur

4.1 Inleiding

185. Om de strafbaarheid van een gedraging uit te spreken moet door de rechter onder andere worden vastgesteld dat het gedrag wederrechtelijk is. Wederrechtelijkheid is een voorwaarde voor strafbaarheid die veelal impliciet wordt aangenomen.¹ Normaal gesproken handelt iemand wederrechtelijk als hij het ten laste gelegde feit heeft gepleegd en dit feit als strafbaar kan worden gekwalificeerd. In bepaalde gevallen kan de wederrechtelijkheid van een gedraging ter discussie komen te staan. De verdachte kan bijvoorbeeld aangeven dat hij op basis van bepaalde sociale normen heeft gehandeld en dat op basis van die normen dergelijk handelen wordt geaccepteerd. Is het in het strafrecht mogelijk de inhoud van bestaande normen te verfijnen aan de hand van normen die allochtonen uit het land van herkomst hebben meegebracht? In het vorige hoofdstuk heb ik aangegeven dat de mogelijkheden om rekening te houden met culturele achtergronden begrensd zijn. Het creëren van ruimte voor culturele diversiteit is alleen dan mogelijk als vanuit het positieve recht wordt gezocht naar mogelijkheden om met culturele verschillen rekening te houden. Een los van het positieve recht gedacht model houdt geen rekening met diens historische inbedding, noch met de mogelijkheden die het positieve recht zelf biedt om met maatschappelijke veranderingen rekening te houden. Wat betekent dit nu voor de wederrechtelijkheid? Kan ruimte bestaan voor culturele verschillen in de verfijning van de betekenis van wederrechtelijkheid?

186. De wederrechtelijke gedraging moet aan twee voorwaarden voldoen. In de eerste plaats moet de gedraging overeenkomen met hetgeen door de officier van justitie in een tenlastelegging is opgenomen en verwijzen naar een delictsomschrijving. De gedraging moet te kwalificeren zijn, dat wil zeggen in de delictsomschrijving passen. Dan is sprake van *wederwettelijk* gedrag. De wederwettelijkheid van gedraging als bedoeld in een delictsomschrijving komt veelal tot uitdrukking in bepaalde bestanddelen van die delictsomschrijving. Nieboer noemt die bestanddelen treffend onrechtbestanddelen.² Stel nu dat een verdachte stelt dat een dergelijk bestanddeel niet bewezen kan worden verklaard, omdat hij meent dat hij op basis van zijn culturele normen niet onrechtmatig heeft gehandeld. Kan de rechter die culturele normen dan gebruiken om het betwiste bestanddeel te verfijnen?³ Met andere woorden, kan het bereik van de rechtsnorm worden beperkt onder invloed van normen op basis waarvan de allochtone verdachte zegt te moeten handelen? En zo ja, hoe is dat mogelijk? In de tweede plaats moet de gedraging niet alleen wederwettelijk, maar ook wederrechtelijk zijn. Wederrechtelijk gedrag is gedrag dat binnen een delictsomschrijving valt en waarbij niet met succes een beroep op een rechtvaardigingsgrond, zoals noodweer, kan worden gedaan.

¹ Zie De Hullu 2006, p. 179. Wederwettelijkheid wordt ook wel formele wederrechtelijkheid genoemd.

² Nieboer 1991, p. 81. Soms is wederrechtelijkheid ook bestanddeel van een delictsomschrijving.

³ Onder verfijnen versta ik het kunnen veranderen van de betekenis van de rechtsnorm vanwege de invloed van normen van migrantenrecht, zonder dat de rechtsnorm volledig terzijde wordt geschoven.

Wederrechtelijkheid wordt ook wel materiële wederrechtelijkheid genoemd.⁴ Een beroep op een rechtvaardigingsgrond tast de rechtsnorm zelf niet aan (de onrechtbestanddelen van een delictsomschrijving worden niet aangepast). Het beroep moet worden opgevat als een zoeken naar een balans in situaties waarin de wet is overtreden en de inhoud van de delictsomschrijving niet gewijzigd kan worden, maar het wel onrechtvaardig is de verdachte te bestraffen vanwege exceptionele *concrete* omstandigheden die tot het strafbare feit hebben geleid.⁵ De vraag is of de culturele achtergrond van de gedraging van invloed kan zijn op de bepaling van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Kan ook hier sprake zijn van een verfijning en zo ja op grond waarvan is die verfijning mogelijk en binnen welke grenzen?

187. In dit hoofdstuk worden drie vragen behandeld. In de eerste plaats is de vraag in hoeverre rechtsnormen kunnen worden verfijnd onder invloed van normen die allochtonen van het land van herkomst hebben meegebracht (migrantenrecht genoemd). Om deze vraag te beantwoorden moet worden ingegaan op de betekenis van normen (paragraaf 4.2). In de tweede plaats is de vraag of die verfijning van rechtsnormen ook mogelijk is in het strafrecht. Juist in het strafrecht zou men kunnen stellen dat verfijning van de rechtsnorm door de rechter nauwelijks mogelijk is. Anderzijds wordt aangegeven dat verfijning van rechtsnormen of het ruimhartig toestaan van een beroep op rechtvaardigingsgronden het meeste respect toont voor culturele verschillen.⁶ Op dit punt moet worden ingegaan op de betekenis van wederrechtelijkheid en de mogelijkheden tot verfijning van rechtsnormen wanneer deze worden betwist door normen van migrantenrecht (paragraaf 4.3). In de derde plaats is het nodig te zoeken naar begrenzing van verfijning nu het strafrecht meer belangen dient dan alleen van de allochtone dader. Zoals zal worden aangegeven liggen relativisme en eigenrichting bij de verfijning van wederrechtelijkheid op de loer omdat verfijning kan leiden tot te grote verruiming van straffeloosheid. De grenzen van verfijning liggen mijns inziens in de wederrechtelijkheid zelf. Wederrechtelijkheid bakent de vrijheid van handelen van burgers af, maakt duidelijk wat mag, maar ook wat niet mag en waarom iets niet mag. Vrijheid heeft voor de afbakening van wederrechtelijkheid een dubbele betekenis. Aan de ene kant stelt zij grenzen van wat strafbaar gesteld mag worden en hoever mag worden ingegrepen in het leven van burgers, aan de andere kant stelt zij ook verantwoordelijkheden aan burgers (paragraaf 4.3.4). In paragraaf 4.4 zullen deze verantwoordelijkheden worden geconcretiseerd. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 4.5).

4.2 Verfijning van rechtsnormen

4.2.1 *Inleiding: twee voorbeelden*

188. In hoofdstuk 3 heb ik aangegeven dat in een democratische rechtsstaat ruimte bestaat om rekening te houden met culturele verschillen.⁷ In termen van 't Hart is een dergelijke type staat niet zo star dat moet worden vastgehouden aan een bepaalde in-

⁴ Zie Kelk 2005, p. 124.

⁵ Zie Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 266. Onder concrete omstandigheden versta ik ook die omstandigheden die verbonden zijn met de persoon van de verdachte. Zijn achtergrond is in mijn optiek mede bepalend voor de inhoud van de wederrechtelijkheid van een strafbare gedraging. Zie over de invloed van deze met de persoon van de verdachte verbonden omstandigheden, nrs. 212 e.v.

⁶ Zie Rutten 2001, p. 298. In algemene zin, zie ook Van Manen 1998.

⁷ Hoofdstuk 3, nrs. 147–151.

terpretatie van juridische begrippen. Indachtig het door hem aangehangen pluralisme moet volgens hem ruimte kunnen bestaan om de interpretatie van juridische begrippen op een ander moment aan te passen aan de omstandigheden van de situatie van dat moment.⁸ Dit kader, waarin maatschappelijke ontwikkelingen van belang zijn voor de betekenis van een rechtsnorm op een bepaald moment, dient als uitgangspunt voor de vraag of rechtsnormen kunnen veranderen en kunnen worden verfijnd op basis van normen van migrantenrecht.⁹

189. Twee eerder genoemde voorbeelden geven inzicht in de problematiek van verfijning van rechtsnormen. In de eerste plaats kan worden gewezen op de zaak tegen imam El Moumni. In een interview voor het televisieprogramma Nova betitelde hij homoseksualiteit als een 'zonde' (zelfs een 'ziekte') waarbij de homoseksueel moet worden 'behandeld' opdat het verschijnsel 'voorgoed' zal verdwijnen. Homoseksualiteit is 'schadelijk' voor de samenleving en zal haar 'besmetten' tenzij daartegen actie wordt ondernomen.¹⁰ Het interview leidde tot een maatschappelijke schok en bleek een smet te zijn op de gedachte dat hier te lande sprake is van een 'multicultureel paradijs' waarin allochtonen en autochtonen met respect voor elkaars opvattingen samenleven. Met de aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten waren de uitslatingen van imam El Moumni aanleiding tot verharding van het debat over de multiculturele samenleving.¹¹

El Moumni werd naar aanleiding van dit interview vervolgd op verdenking van overtreding van artikel 137c Sr (openbare belediging van bepaalde groepen wegens hun seksuele geaardheid) en artikel 137d Sr (het aanzetten tot haat, discriminatie of geweldpleging tegen mensen met een homoseksuele geaardheid). De rechtbank te Rotterdam¹² en het gerechtshof in Den Haag spraken de imam vrij. Het hof oordeelde dat de uitslatingen op zichzelf voor sommigen aanstootgevend waren. Maar vanwege de setting van het interview waarin meerdere onderwerpen aan bod waren gekomen en uit het feit dat de 'gewraakte fragmenten dienden ter aanduiding van de in de islamitische geloofsovertuiging verankerde opvatting omtrent het zondige karakter van de homoseksuele levenswijze', was er van discriminatie of het aanzetten daartoe geen sprake. Dat de opvattingen zijn verankerd in de overtuiging van de verdachte en deze overtuiging door internationale verdragen en de grondwet wordt beschermd (artikel 9 EVRM, artikel 14 IVBPR en artikel 6 Gw),¹³ betekent dat er uitslatingen zijn gedaan die aanstootgevend waren maar vanwege de vrijheid van godsdienst niet 'beledigend' waren in de zin van artikel 137c en 137d Sr.¹⁴

⁸ 't Hart 1997, p. 301, 307-310, 't Hart 2001, p. 211-212, 241-242, 244-245.

⁹ Voor dit kader heb ik reeds in hoofdstuk 3 gekozen. Zie hoofdstuk 3, nrs. 145-146.

¹⁰ Zie Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJCM-Bulletin* 2003, m.nt. M. de Blois, p. 461-462. Het arrest is ook te vinden onder *NJ* 2003, 24.

¹¹ Ik beweer niet dat de aanslagen van dezelfde magnitude waren als de uitslatingen van El Moumni, noch dat de impact dezelfde was, maar wel dat beide evenementen op zichzelf een belangrijke grondslag zijn geweest voor de veranderingen in het denken over immigratie en integratie. Zie over het belang van de uitslatingen van El Moumni voor deze veranderingen B. Prins 2004, p. 39-42. Zie overigens voor een snelle (en achteraf juiste) constatering dat de aanslagen van 11 september 2001 het integratiedebat zouden veranderen Cohen in de Abel Herzberg-lezing van 23 september 2001 (Cohen 2004).

¹² Rb Rotterdam 8 april 2002, *LJN* AE1154.

¹³ Deze bepalingen beschermen niet alleen het hebben van een godsdienst, maar ook het naar de normen van die godsdienst handelen. Zie bijvoorbeeld B.P. Vermeulen 2000, p. 96, Labuschagne 1998.

¹⁴ Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJCM-Bulletin* 2003, m.nt. M. de Blois,

190. Hoewel op het eerste gezicht door de inbedding van de uitspraken in de vrijheid van godsdienst het beledigende karakter van El Moumni's uitspraken werd weggenomen, is strafrechtelijk relevant dat de vrijheid van godsdienst blijkbaar de wederrechtelijkheid van op zichzelf kwetsend gedrag wegneemt. Het bestanddeel 'beledigend', dat als een onrechtbestanddeel kan worden betiteld, wordt in navolging van eerdere¹⁵ en gevolgd door latere uitspraken,¹⁶ beperkt uitgelegd. Wil sprake zijn van een *wederrechtelijke* belediging, dan dient zij in ieder geval niet te kunnen worden gestoeld op een door de verdachte aangehangen geloofsovertuiging. Daardoor is de mate van vrijheid van godsdienst vergroot.¹⁷ Dat maakt ook duidelijk dat er sprake is van een botsing van grondrechten, de vrijheid van godsdienst versus het gelijkheidsbeginsel (en daarmee samenhangende verbod van discriminatie). Los van deze staatsrechtelijk en mensenrechtelijk belangrijke discussie is voor het strafrecht interessant dat weliswaar *direct* een ander grondrecht de omvang van de wederrechtelijkheid kan beperken, maar dat *indirect* door de aanwezigheid van een norm van migrantenrecht een gedraging die is gebaseerd op een dergelijke norm kan leiden tot een beperkte invulling van de wederrechtelijkheid. Immers, rechtbank en hof geven aan, dat de godsdienstige normen van El Moumni hem tot die uitspraak brachten en dat deze islamitische normen vanwege de vrijheid van godsdienst moeten worden gerespecteerd. De vrijheid van godsdienst is dan enkel een *middel* waarmee ruimte voor andere normen mogelijk wordt gemaakt als het gaat om de interpretatie van de omvang van de wederrechtelijkheid van de gedraging. Hier zien we een indirecte invloed van (religieus) gewoonterecht op de interpretatie van bestanddelen van delictsomschrijvingen. Indirect omdat het gewoonterecht niet als zodanig, maar via een omweg in de rechtsorde wordt erkend. Daarbij geldt wel een belangrijke beperking. De uitspraken werden gedaan in een specifieke context, namelijk een interview, dat onder de vrijheid van meningsuiting kan worden geschaard. Deze context bepaalde mede het antwoord op de vraag of de uitspraken van El Moumni toelaatbaar waren. Echter, wanneer deze zaak en vergelijkbare zaken worden gezien, valt wel op dat vooral nadruk op de vrijheid van godsdienst wordt gelegd; de overige omstandigheden zijn niet onbelangrijk, maar minder belangrijk dan het godsdienstige karakter van de uitspraken.¹⁸ De vraag is of een dergelijke invloed van gewoonterecht aanvaardbaar is.

De meningen hierover zijn verdeeld. Sommigen stellen dat de vrijheid van godsdienst niet moet worden beknot en dat dergelijke uitspraken in de gegeven context van een interview en op basis van een godsdienstige overtuiging mogelijk moeten zijn.¹⁹ Anderen wijzen erop dat daardoor de vrijheid van godsdienst te sterk wordt opgerekt en dat bijna 'alles dat leden van een culturele minderheidsgroep in het belang van hun geloof of normen willen nastreven legaal zou zijn.'²⁰ Het gevolg van de uitspraak van het Haagse hof kan zijn dat iedereen die op basis van zijn religie kwetsende uitspraken doet over homoseksuelen straffeloos is. Men beroept zich op religie, staaf

p. 463-464 (r.o. 5).

¹⁵ Zie bijv. HR 2 januari 1990, NJ 1991, 289, HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203.

¹⁶ Zie HR 14 februari 2003, NJ 2003, 261, m.nt. PMe.

¹⁷ Aldus kritisch Ellian 2003, p. 32-33. Zie ook Ten Voorde 2007.

¹⁸ Zie ook A. Janssen en Nieuwenhuis 2005, p. 35.

¹⁹ Zie M. de Blois onder Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, Rozemond 2001, Stolk 2003. In ander verband, terzake van de vervolging van voormalig RPF-leider Van Dijke wegens kwetsende uitspraken over homoseksuelen, werden dezelfde opvattingen gehuldigd. Zie Den Hartogh 1998, Rozemond 1999.

²⁰ ...'that members of a cultural minority wish to do in pursuit of their beliefs or norms would be legal' (Barry 2001, p. 143).

dat onder verwijzing naar heilige teksten en indien men wordt vervolgd wegens discriminatie kan men vrij snel vrijuit gaan. Het gevolg is wel dat het bereik van de rechtsnorm ondermeer onder invloed van godsdienstige normen is beperkt. Is een dergelijke beperking toelaatbaar? Mag een rechter deze beperking aanbrengen? Of kunnen er toch grenzen zijn die ook bepaald religieus geïnspireerd gedrag beperken? Of betekent handelen op basis van normen van migrantenrecht een vrijbrief om straffeloos (ernstige) delicten te plegen?

191. In de tweede plaats kan worden gewezen op de Zevenaarse zaak.²¹ In de strafmaatmotivering van het Arnhemse hof blijkt dat het bloedwraak ‘volstrekt onacceptabel’ acht.²² Die opmerking maakt duidelijk dat de normovertredingen waarvoor de verdachten werden vervolgd, in de betreffende zaak (poging) doodslag en verboden wapenbezit, op zichzelf niet kunnen worden verijnd, ook al waren de feiten gepleegd onder invloed van de bloedvete. Met andere woorden, de inhoud van de rechtsnormen werd niet gewijzigd. De verdachte kon echter wel met succes een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond noodweer. Die rechtvaardigingsgrond werd mede in het licht van de bloedwraak aangenomen,²³ ook in de casus waar het hof de bloedwraak op zichzelf ‘volstrekt onacceptabel’ achtte. Dat kan worden verklaard door het feit dat een rechtvaardigingsgrond de inhoud van de wettelijke rechtsnorm niet verandert. Ook al is noodweer in een bepaalde casus aangenomen, het om het leven brengen van een ander blijft een wederwettelijke, een op zichzelf dus onacceptabele, gedraging.

De Zevenaarse casus laat daarmee een andere aanpassing van een norm zien. De norm die wordt aangepast, is niet het verbod op doodslag maar de acceptatie van noodweer. Dat is een rechtsnorm die bepaalt dat wederwettelijk handelen onder bijzondere, *concrete* omstandigheden, niet wederrechtelijk is. Of dat het geval is, wordt mede onder invloed van de culturele achtergrond van de verdachte in een concrete casus vastgesteld. Het gevolg van de uitspraak in de Zevenaarse zaak is dat ook in toekomstige gevallen een schietpartij naar aanleiding van een bloedvete kan leiden tot het aannemen van noodweer. Toch zal dat vrij lastig zijn, nu de bepaling van noodweer afhangt van de concrete situatie. Om noodweer te accepteren is het noodzakelijk te beoordelen of ‘het begrijpelijk [is] dat deze verdachte, met deze kennis van zaken, *opgegroeid met deze culturele bagage* en geconfronteerd met deze situatie, handelde zoals hij deed?’²⁴ Met andere woorden, toekomstige gevallen moeten veel gelijkenis tonen met de Zevenaarse zaak wil een beroep op noodweer kunnen worden gehonoreerd. Dat betekent dat de consequenties van het aannemen van noodweer minder vergaand zijn dan het beperkter uitleggen van bestanddelen van een delictsomschrijving. De precedentwerking bij acceptatie van een beroep op noodweer (of een andere geschreven strafuitsluitingsgrond) is klein, want nauw verbonden met de concrete omstandigheden van het geval.

Ook hier is echter de vraag of de rechtsnorm noodweer mag worden verijnd onder invloed van de culturele achtergrond van de verdachte. En, alweer, mag de rechter die aanpassing doen? Tenslotte is de vraag binnen welke grenzen die aanpassingen mogelijk zijn.

²¹ Zie hoofdstuk 2, nrs. 63, 67, 73.

²² Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4029.

²³ Zie hoofdstuk 2, nr. 67.

²⁴ W. van Rossum 2006, p. 2469 (curs. in origineel).

4.2.2 Normen en rechtsnormen

192. Alvorens in te gaan op de vraag of rechtsnormen mogen worden verfijnd onder invloed van de culturele achtergrond van de verdachte, is eerst de vraag wat normen en rechtsnormen zijn. Normen geven aan wat mag en niet mag. Normen verwijzen naar gedrag. In een gedraging moet een persoon zich conformeren aan de eisen die in de norm worden gesteld. De norm vereist volgens Pettit 'regelmaticheid'.²⁵ Een norm is echter niet alleen een regel. Een norm die niemand naleeft, is geen norm. Dit betekent dat normen ook een zekere 'grip op de geest' van een mens moeten hebben.²⁶ Een norm spreekt iemand aan en brengt hem ertoe conform de norm te handelen. Normconformiteit kan vanuit een zekere overtuiging plaatsvinden, bijvoorbeeld de gelovige die naar de letter van een heilig schrift en de daarin vervatte normen handelt, maar ook op pragmatische gronden zijn gestoeld. In dat geval is normconformiteit een kwestie van belangenafweging: wat levert het me op als ik de norm naleef en wat kost het met als ik de norm overtreed? Zijn de kosten te hoog, dan leef ik de norm na. Pettit geeft voorts aan dat normovertreding niet alleen nadelig kan zijn voor de overtreder, maar ook voor derden.²⁷ Normovertreding zal, doordat mensen in een gemeenschap met anderen moet samenleven, leiden tot belemmering van anderen om hun leven in vrijheid te leiden. Leidt normovertreding tot een dergelijke belemmering (we kunnen dan denken aan fysieke schade, bijvoorbeeld als gevolg van het neerschieten van een ander, maar ook aan emotionele schade, bijvoorbeeld als gevolg van het maken van kwetsende opmerkingen), dan is de overtreden norm een *sociale* norm, een norm die tot meer dan één individu is gericht.²⁸

193. Een sociale norm kan op verschillende manieren worden onderscheiden. Wanneer we de zaak tegen El Moumni erbij nemen dan zijn de normen waarop de verdachte zich beriep, normen die niet door een statelijke overheid zijn vastgesteld maar binnen een godsdienst of cultuur voor mensen gelden. Deze normen kunnen geschreven normen zijn, El Moumni beriep zich bijvoorbeeld op de Koran, maar kunnen ook ongeschreven normen zijn, zoals in de Zevenaarse zaak. In dat geval gaat het om normen van gewoonterecht die in een bepaalde gemeenschap bestaan en op grond waarvan door de leden van die gemeenschap wordt gehandeld. Daartegenover staat het statelijke recht dat veelal geschreven recht is. Dergelijke sociale normen worden *rechtsnormen* genoemd. Kenmerkend voor rechtsnormen is ten eerste dat zij door middel van sancties afdwingbaar zijn.²⁹ Ten tweede is kenmerkend dat rechtsnormen een institutionele inbedding hebben.³⁰ De totstandkoming, afdwingbaarheid maar ook verfijning van rechtsnormen door de rechter is ingebed in een systeem van procedures. Zo kan een wettelijke regeling in het Wetboek van Strafrecht (bijvoorbeeld het opnemen van strafbaarstellingen) alleen tot stand komen in de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal (artikel 81 Gw). Aanpassing van die regelingen door middel van wetswijzingen geschiedt eveneens door regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Afdwingbaarheid van rechtsnormen door middel van het opleggen van gevangenisstraf

²⁵ Pettit 2002, p. 311.

²⁶ Zie Elster 1989, p. 100.

²⁷ Pettit 2002, p. 311.

²⁸ Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003, p. 59.

²⁹ Zie Bal 2003, p. 13, Habermas 1996a, p. 133.

³⁰ Zie Hildebrandt 2002, p. 90.

kan alleen via de strafrechter (artikel 113 lid 1 Gw). Afdwingbaarheid op andere wijze, bijvoorbeeld via het sepot, zou ook bij wet moeten zijn geregeld (artikel 1 Sv).

194. Verfijning van rechtsnormen door de rechter, los van de vraag waarom, hoe en binnen welke grenzen zij mogelijk is, geschiedt in het strafrecht met in achtname van het systeem van artikel 350 Sv. Zoals ik in hoofdstuk 2 heb aangegeven,³¹ geeft het beslissingsmodel aan welke vragen de rechter moet beantwoorden wil hij tot bestrafing kunnen overgaan. Maar het beslissingsmodel geeft ook aan op basis waarvan hij de vier vragen van artikel 350 Sv moet beantwoorden. In de eerste plaats beslist de rechter ‘op den grondslag van de telastlegging’ en in de tweede plaats ‘naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting’. De eerste eis bakent de oordeelsvrijheid van de rechter in sterke mate af. Hij moet afgaan op hetgeen door de officier van justitie in de tenlastelegging is opgenomen en moet zich daartoe beperken.³² Elke door één van de procesdeelnemers opgeroepen vraag die betrekking heeft op zaken die niet zijn ten laste gelegd, hoeft door de rechter niet te worden behandeld. Een eventuele verfijning van een rechtsnorm is enkel mogelijk ‘naar aanleiding van de ten laste gelegde feiten.’³³

Tegelijkertijd heeft de rechter te beslissen ‘naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting.’ Deze tweede eis kan niet zonder de eerste eis gedacht worden, maar stelt aan de rechter de eis om naast de tenlastelegging alle met betrekking tot die tenlastelegging relevante aspecten ter beoordeling mee te wegen.³⁴ Het is deze eis uit artikel 350 Sv die de rechterlijke vrijheid vergroot en die het de verdachte mogelijk maakt bijvoorbeeld zijn culturele achtergrond aan de orde te brengen en aan de hand daarvan aan te geven dat hij niet wederrechtelijk heeft gehandeld. Daarmee is echter niet gezegd dat de rechter ervan blijk moet geven dat al hetgeen door de verdachte is aangedragen door hem moet worden meegewogen in zijn beoordeling. Dit volgt uit de motiveringsplichten uit artikel 359 Sv waarin bijvoorbeeld in lid 2 is bepaald dat de rechter alleen moet motiveren naar aanleiding van een door de verdachte ingenomen en ‘uitdrukkelijk onderbouwd standpunt’.³⁵ Indien is voldaan aan de vereisten van artikel 359 lid 2 Sv is er een *formele* verplichting in te gaan op bijvoorbeeld een betwisting van de reikwijdte van de (straf)rechtsnorm, dat wil zeggen de betekenis van de onrechtbestanddelen in een delictsomschrijving. Zulks geldt ook ten aanzien van zaken waar culturele achtergronden een rol spelen. Deze formele verplichting zegt echter nog niets over een *materiële* verplichting de rechtsnorm ook daadwerkelijk te verfijnen. Stel dat in een strafzaak, via een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, de verdachte de reikwijdte van de rechtsnorm betwist, heeft de rechter dan ook de mogelijkheid de reikwijdte van de rechtsnorm aan te passen of de inhoud van de rechtsnorm te verfijnen? En kunnen culturele achtergronden voor verfijning een grond zijn? Op deze vragen ga ik in het vervolg van deze paragraaf in.

³¹ Hoofdstuk 2, nr. 59.

³² Zie Corstens 2005, p. 610.

³³ Claes 2003a, p. 133.

³⁴ Zie Corstens 2005, p. 617.

³⁵ De Hoge Raad hanteert een strikte uitleg van deze voorwaarde. Zie HR 11 april 2006, NJ 2006, 393, m.nt. YB. De Hoge Raad volgt hier de opvatting van Fokkens 2005. Zie over de recente rechtspraak rond artikel 359 lid 2 Sv Sjöcrona en Koops 2006. Ook ten aanzien van casus waar culturele achtergronden een rol spelen wordt deze strikte uitleg gehanteerd. Zie HR 14 oktober 2003, LJN AJ1457 (NJ 2005, 182, m.nt. Kn), HR 10 oktober 2006, LJN AX9216.

4.2.3 De grondslag voor de verfijning van rechtsnormen I: pluraliteit en verstaan

195. Bij beantwoording van de vraag of de reikwijdte van rechtsnormen kan worden verfijnd onder invloed van normen van migranten (als *materiële* verplichting) moet worden uitgegaan van twee punten. Ten eerste is de mens een sociaal wezen en in staat toe te treden tot een (publieke) ruimte waarin hij of zij met andere mensen in contact kan komen en daarin normen kan stellen en naleven. Ten tweede zijn rechtsnormen niet slechts bevelen, maar in een democratische rechtsstaat ook verinnerlijkt, dat wil zeggen normen waarnaar mensen vanzelfsprekend handelen. Normen komen niet uit de lucht vallen en zijn ook niet door God gegeven, maar ontwikkeld en uitgewerkt door mensen. Dat volgt uit het in hoofdstuk 3 ingenomen uitgangspunt dat de mens wetgever is in eigen zaak.³⁶

196. Hiervoor heb ik al aangegeven dat (veel) normen sociale normen zijn en dus in een gemeenschap worden gesteld. Die gemeenschap vormt een ruimte waarin mensen kunnen toetreden en met anderen kunnen samenhandelen. De mens wordt in deze publieke ruimte een *handelend subject*, waarin hij zich blootstelt aan kritiek, vragen en opmerkingen van anderen en zich in een 'onontkoombare wederzijdse afhankelijkheid' plaatst ten opzichte van andere in die ruimte aanwezige subjecten.³⁷ De filosoof Arendt spreekt in dit verband van een 'tweede geboorte'.³⁸ Het toetreden tot deze ruimte betekent volgens Arendt niet het opgeven van een zekere eigenheid. Elk handelend subject neemt een unieke positie in die verschilt van andere subjecten. Arendt heeft het hier over een *pluraliteit van posities*.³⁹ Deze pluraliteit van posities moet letterlijk worden opgevat: wij nemen in de publieke ruimte een plek in (beslag) die niemand anders kan innemen en bezien vanuit die unieke plek de wereld om ons heen. Die unieke plek nemen wij in door de bagage die aan ons wordt meegegeven vanuit de plaats waar wij geboren zijn en opgroeien. De opvattingen die wij in de publieke ruimte hebben, worden in belangrijke mate vormgegeven door de positie van waaruit wij tot de publieke ruimte zijn toegetreden. Invloeden van religie, cultuur, land van herkomst, familiegeschiedenis en dergelijke maken de inbreng van een handelend subject in de publieke ruimte uniek.⁴⁰

197. Uit het feit dat wij in een pluraliteit van posities handelen volgen twee belangrijke veronderstellingen. In de eerste plaats handelen wij weliswaar vanuit een unieke plek die mede is vormgegeven door onze culturele achtergrond, maar die culturele achtergrond determineert niet de ruimte waarop wij met anderen handelen. In de tweede plaats betekent het feit dat wij uniek zijn niet dat met ons niet in contact kan worden getreden.⁴¹ Het handelen vindt niet plaats vanuit het niets, maar is gegrond in een kader dat duidelijkheid schept over ons handelen. Dat referentiekader is zelfs noodzakelijk om te *kunnen* handelen. Om een idee te hebben hoe iemand zich in bepaalde situaties heeft te gedragen, is kennis nodig van de gebruiken die bij die situatie horen. Meestal vormt die kennis een *ongearticuleerde* context waarbinnen zinvol hande-

³⁶ Hoofdstuk 3, nr. 146. Zie voor de ideeënhistorische ontwikkeling van strafrechtsnormen als normen die niet door of vanwege God zijn gegeven maar door mensen met andere mensen zijn gevormd Dupont 1979.

³⁷ Foqué 1992, p. 31.

³⁸ Arendt 1998, p. 178.

³⁹ Arendt 1998, p. 8, Benhabib 2002, p. 14.

⁴⁰ Zie Benhabib 1999.

⁴¹ Zie Benhabib 2002, p. 29-33.

len mogelijk is. Het referentiekader ‘omarmt ons als een onbediscussieerde zekerheid, op basis van wiens onmiddellijke nabijheid wij leven en spreken.’⁴² Met behulp van het kader kunnen wij leven en met anderen in interactie treden. Die interactie is mogelijk wanneer het kader waarbinnen de ander handelt in ieder geval een minimale overeenstemming vertoont met het kader waarbinnen wij zelf handelen. Er moet een mogelijkheid zijn van een verstaan op grond waarvan we kunnen begrijpen waarom iemand op een bepaalde wijze doet zoals hij doet.

Het referentiekader moet niet worden opgevat als een onveranderlijk gegeven, een set van normen die buiten het handelen gelegen is en welke niet door het handelen kan worden bijgesteld. Dat zou als gevolg kunnen hebben dat wij anderen, die handelen op basis van een totaal ander kader nooit kunnen snappen. De ander is voor ons dan een volstrekte vreemde. Dat zou betekenen dat wij nooit met iemand in contact kunnen komen, nu iedereen vanwege de unieke positie die hij in de publieke ruimte inneemt van iedereen verschilt. Dat doet niet alleen geen recht aan de praktijk, waarin wij dagelijks worden gedwongen anderen aan te spreken. Contact met anderen, ook al nemen zij een unieke positie in, is een ‘unieke menselijke ervaring’ en in principe niet onmogelijk.⁴³

Het referentiekader kenmerkt zich echter ook door *dubbelzinnigheid*.⁴⁴ Het is geen vaststaand systeem van regels op basis waarvan wij gedwongen zijn te handelen en geen andere keuzes kunnen maken. Het kader wordt continu in ons handelen bijgesteld doordat we in een pluriforme publieke ruimte steeds weer worden geconfronteerd met andere referentiekaders en andere interpretaties van ons eigen kader. Een handeling kan in een andere context en in combinatie met andere handelingen een andere betekenis krijgen die niet minder juist is dan eerdere betekenissen. De situatie waarin een vrouw die zich niet van haar echtgenoot distantieert wanneer hij hun dochter om het leven brengt, zou in algemene zin kunnen worden uitgelegd als medeplegen van moord of doodslag.⁴⁵ Maar wanneer we die handeling bezien in de culturele context van de vrouw en in haar algemene houding ten opzichte van die context, dan kan de handeling een andere betekenis krijgen: van de vrouw die bewust samenwerkte met haar echtgenoot tot iemand die wellicht geen andere keuze had dan haar man te volgen.⁴⁶ Hieruit blijkt dat ‘de betekenis van een handeling altijd afhankelijk [is] (...) van het verband waarin men deze beschouwt’. Maar daaruit volgt nog niet dat de culturele context van de vrouw allesbepalend is; de culturele context is een aspect op basis waarvan de handeling kan worden beschouwd, maar is niet de enige, dat wil zeggen uniforme, maatstaf. Het zoeken naar een dergelijke uniforme maatstaf is volgens Glastra van Loon ‘niet alleen zinloos’, maar vormt ‘bovendien een hinderpaal (...) voor ieder begrip van de handeling’.⁴⁷ De handeling moet met andere woorden in al haar diversiteit worden bekeken.⁴⁸ De gedragingen van de vrouw moeten dan ook

⁴² ...‘embraces us as an unmediated certainty, out of whose immediate proximity we live and speak’ (Habermas 1987, p. 126). Zie ook Arendt 1998, p. 183-184.

⁴³ Benhabib 2002, p. 30-31. Zie ook Parekh 2000, p. 163. Raes stelt: ‘Hoe groot de verschillen tussen mensen en culturen ook kunnen zijn, zij zijn niet oneindig. Hoe moeilijk het begrijpen van een andere cultuur ook moge zijn, zij is niet principieel onmogelijk’ (1996, p. 40).

⁴⁴ Zie Glastra van Loon 1987, p. 83.

⁴⁵ Zie hoofdstuk 2, nr. 62.

⁴⁶ Zie Siesling 2004, p. 168-172.

⁴⁷ Glastra van Loon 1987, p. 83.

⁴⁸ Zie Ter Heide 1965, p. 57. Ter Heide spreekt hier overigens van ‘mêerrolligheid’ (p. 58), waardoor wij in staat zijn de positie van alle deelnemers te leren kennen. Een voetballer moet, om te kunnen voetballen, 22 rollen kennen, maar ook een rol kunnen spelen. Ik zou daaraan willen

niet alleen worden gezien in de culturele context waar zij zich op beriep, maar ook in het licht van haar positie als moeder, het feit dat zij in Nederland woonachtig is en hier bepaalde regels over het recht op leven gelden.

Het verstaan van de ander moet niet te makkelijk voor onmogelijk worden gehouden. Dat betekent wel dat we een zekere moeite moeten doen om de ander te verstaan. We moeten dus de verhouding onderzoeken tussen het moederschap, het feit dat de vrouw in Nederland woonachtig is, maar ook de stelling dat zij geen andere keuze had dan haar man te volgen. Elk van die aspecten bepaalt het oordeel over de handeling. Het proberen te verstaan volgt volgens Benhabib vanuit de veronderstelling dat daaromtrent geen andere keuze is. De ontmoeting met andere personen die handelen op basis van voor ons vreemde kaders is zo vanzelfsprekend geworden in een wereld die wordt gekenmerkt door steeds intensiever wordende transport- en communicatiemiddelen,⁴⁹ dat de mens zich bevindt in een 'net van wederzijdse afhankelijkheden' waarin hij voor een goed begrip van de wereld anderen nodig heeft om dat begrip zo volledig mogelijk te laten zijn.⁵⁰ Om te begrijpen is contact met de ander dus nodig.⁵¹ Dat is volgens Benhabib een 'pragmatische' consequentie van het feit dat we met zoveel verschillen worden geconfronteerd. Het begrijpen wil niet zeggen dat het handelen ook wordt geaccepteerd. Maar voor accepteren moet eerst begrijpen plaatsvinden. Dat begrijpen van elkaars handelen leidt tot een 'wederzijdse uitdaging, bevraging en het leren' van elkaars perspectieven.⁵² Het leren van elkaars perspectieven is niet automatisch een voorbode de norm te verfijnen. Om een norm te kunnen verfijnen is ook begrip van de norm nodig.

4.2.4 *De grondslag voor de verfijning van rechtsnormen II: de aard van rechtsnormen*

198. Hierboven stelde ik dat normen niet slechts bevelen zijn, maar idealiter ook moeten worden verinnerlijkt door hen die aan die normen zijn gebonden. Ter bevestiging van die stelling moet onderscheid worden gemaakt tussen imperatieve en normatieve uitspraken.⁵³ Imperatieve uitspraken worden gedaan in een verticale relatie tussen spreker en geadresseerde. De spreker bepaalt wat de geadresseerde moet doen. Er is sprake van een bevel. Het imperatieve aspect is bij een rechtsnorm vanzelfsprekend.⁵⁴ Een rechtsnorm ordent het handelen van burgers en bepaalt welk handelen met sanctionering wordt bedreigd. Dat zien we bijvoorbeeld bij verkeersdelicten, ge-

toevoegen dat de voetballer niet alleen zijn eigen rol en 22 rollen moet kennen, maar die kennis moet verbreden. Hij moet ook de betekenis van zijn handelingen in de samenleving om hem heen kunnen plaatsen. Ik kom hierop terug.

⁴⁹ Zie hierover Castells 2000 en meer kritisch Appadurai 1991. Parekh stelt dat toenemende communicatie-mogelijkheden weliswaar kunnen leiden tot meer interculturele communicatie, maar dat die communicatie veelal plaatsvindt 'under grossly unequal conditions' (2000, p. 164). Dit geldt in het strafrecht nog sterker (zie hoofdstuk 3, nr. 154) en schept dus een verplichting aan gelijkheid en wederkerigheid te werken.

⁵⁰ Benhabib 2002, p. 36. Zie ook Parekh 2000, p. 164 wanneer deze stelt dat de ontmoeting met niet-westerse waarden weliswaar veelal gepaard gaat met het opdringen van de eigen westerse waarden, maar dat opdringen niet altijd even eenvoudig is en die ontmoeting tot fundamentele vragen over het eigen handelen kan leiden. Zie ook De Ruijter (2000, p. 14-16) die stelt dat toenemende communicatie-mogelijkheden weliswaar leidt tot uniformering (culturele eenheidsworst), maar ook versnippering en juist dat laatste de westerse samenleving voor allerlei belangrijke uitdagingen stelt (cfm. Hall 1991).

⁵¹ Zie ook Hildebrandt 2002, p. 50-55.

⁵² Zie Benhabib 2002, p. 34-35.

⁵³ Zie Glastra van Loon 1987, p. 231.

⁵⁴ Hildebrandt 2002, p. 68-69.

meentelijke verordeningen, maar ook bij rechtsdelicten waar het leven en de eigendom worden beschermd. Een gezagsorde waarin rechtsnormen zijn bedoeld die ordening door middel van sancties te handhaven hoort tot het wezen van elke staat,⁵⁵ ook van een democratische rechtsstaat.

Kenmerkend voor een democratische rechtsstaat is echter ook, dat hij de pretentie heeft dat rechtsnormen worden geaccepteerd als normen die als vanzelf in het handelen van burgers tot uitdrukking komen.⁵⁶ Van belang is, dat wil een rechtsnorm *legitiem* zijn, en dus niet louter een bevel, een rechtsnorm zo dient te zijn tot stand gekomen dat burgers de norm als vanzelfsprekend volgen, omdat de normen volgens hen goede normen zijn.⁵⁷ Dit vraagt om een democratisch besluitvormingsproces waarin het volk, direct of indirect via een (gekozen) volksvertegenwoordiging, wetten vaststelt. Legitimiteit van wetten is dan democratische goedkeuring van wetten.⁵⁸ Het ontbreken van die democratische goedkeuring ontnemt rechtsnormen niet alleen hun legitimiteit, maar maakt de afdwingbaarheid ook lastiger. Immers, de norm kan weliswaar door middel van sanctionering worden gehandhaafd, maar een staat die normen handhaaft die niemand omarmt, raakt zijn legitimatie kwijt. Een democratische rechtsstaat moet zijn legitimatie altijd voorop stellen wil hij zichzelf niet ondermijnen.

De legitimiteit van rechtsnormen wordt gegarandeerd doordat rechtsnormen idealiter niet alleen een bevelend karakter hebben. Rechtsnormen houden ook normatieve uitspraken in. Normatieve uitspraken vinden plaats in een horizontale relatie tussen twee gelijkwaardige gesprekspartners. Hier is geen sprake van een gezagsverhouding, nu ook de spreker aan de norm is gebonden.⁵⁹ De norm waarop de spreker zich beroept is een norm die ook los van de relatie tussen spreker en geadresseerde geldt. Er is in deze horizontale verhouding sprake van een norm wanneer zij door de met elkaar handelende subjecten 'juist' wordt bevonden.⁶⁰ Een norm heeft voorts een wederkerig karakter. Ze 'wekt legitieme verwachtingen van de één omtrent het handelen van de ander ten opzichte van het zijne.'⁶¹ Een norm bepaalt met andere woorden weliswaar hoe door de geadresseerden moet worden gehandeld, een norm is niet vrijblijvend. Het navolgen van de norm in het handelen tussen subjecten geschiedt op basis van de *overtuiging* juist te handelen.

De horizontale verhouding tussen de gesprekspartners veronderstelt een open houding tussen subjecten die wordt gekenmerkt door gelijkwaardigheid en wederkerigheid.⁶² Zonder gelijkwaardigheid zouden subjecten namelijk niet in staat zijn tot de publieke ruimte toe te treden waarin normen worden gesteld. Ongelijkwaardigheid maakt het mogelijk bepaalde personen uit de publieke ruimte te sluiten en hen de toe-

⁵⁵ Zie Glastra van Loon 1987, p. 233, Habermas 1996a, p. 27.

⁵⁶ Zie 't Hart 1994, p. 167. Met Mouffe kunnen we hier spreken van de democratische paradox: aan de ene kant legt een democratie nadruk op erkenning van diversiteit en daarmee de erkenning dat over de inhoud van normen wordt getwist en herinterpretaties van normen regelmatig voorkomen, aan de andere kant tracht een democratie eenheid van een politieke gemeenschap te garanderen door normen (bevelen) te stellen die burgers moeten opvolgen, of zij met die norm instemmen of niet. Zie Mouffe 2000.

⁵⁷ Zie Habermas 1998, p. 255. Of zoals Scholten stelt: '...als het feitelijk gebeuren met de regel voortdurend in openlijke strijd is, dan verliest de regel gezag, is hij niet meer recht. Het recht is een samenstel van rege-lingen, die worden opgelegd; het is tegelijk een geheel van leefregels, die worden gevolgd' (1974, p. 98).

⁵⁸ Zie Young 2000, hoofdstuk 1.

⁵⁹ Zie 't Hart 1994, p. 168-169.

⁶⁰ Zie Bal 2003, p. 10-11.

⁶¹ Glastra van Loon 1987, p. 233.

⁶² Zie Benhabib 2002, p. 13. Zie ook Benhabib 1992.

gang tot het debat over normen te ontfeggen. Dan is er geen sprake meer van een horizontale maar van een verticale relatie. Een norm is dan enkel nog een bevel. Zonder wederkerigheid kan een subject wellicht wel tot de publieke ruimte toetreden, maar wordt zijn verhaal niet gehoord. Wederkerigheid betekent dat de ander in volle omvang ruimte moet krijgen zijn verhaal naar voren te brengen, vanuit diens unieke positie en op basis van die positie kunnen deelnemen aan het publieke debat. Gelijkwaardigheid en wederkerigheid vormen de voorwaarden waaronder normatieve uitspraken kunnen worden gedaan en rechtsnormen legitiem kunnen zijn.

4.2.5 *De verfijning van rechtsnormen door normen van migrantenrecht*

199. Voordat kan worden ingegaan op de vraag of rechtsnormen door en op welke wijze normen van migrantenrecht kunnen worden verfijnd, moeten beide vorige subparagrafen nog verenigd worden. Wat is nu de verhouding tussen norm en handeling? Norm en handeling veronderstellen elkaar doordat via een handeling een regel wordt gesteld. Een handeling schept een precedent en heeft een 'demonstratief' karakter.⁶³ Maar daarmee is niet gezegd dat een norm dus volgt op de handeling; een handeling is alleen als handeling verklaarbaar wanneer zij in termen van een norm wordt omschreven. Hildebrandt stelt: 'de handeling is steeds tegelijk bepaald volgens een regel én poning van een regel. Het één niet eerder dan het ander.'⁶⁴ De uitspraken van El Moumni zijn handelingen die een regel volgen, maar ook een regel stellen. Daaruit volgt ook dat een handeling pas een bepaalde omschrijving toekomt als ze 'als een praktijk' wordt beoordeeld, 'maar ook *vanuit* een praktijk'.⁶⁵ De situatie waarin een vrouw wordt meegenomen door een man teneinde met hem te moeten trouwen, wordt vanuit de ene praktijk gezien als een legitieme manier om een huwelijk af te dwingen, maar vanuit een andere praktijk wellicht als strafbare schaking. Een handeling kan dus nooit begrepen worden zonder een norm, maar de norm zal nooit begrepen kunnen worden zonder de handeling. Een norm krijgt pas zijn concrete betekenis wanneer naar die norm wordt gehandeld, of wanneer het vermoeden ontstaat dat in strijd met de norm is gehandeld.

Hoe weten we wat de inhoud van een norm is? Veelal is het omschrijven van die norm niet problematisch, wanneer een duidelijke overeenstemming bestaat over de inhoud van de norm.⁶⁶ Maar wat nu als de norm 'gij zult niet doden' door een verdachte op zichzelf wel wordt omarmd, maar daaraan wordt toegevoegd 'mits de dader niet zijn eer heeft willen zuiveren'? Dan is de betekenis van de norm niet meer zo evident. Vanuit de veronderstelling dat de betekenis van de norm uiteindelijk door de handeling wordt bepaald, volgt ook dat de betekenis van de norm telkens moet worden vernieuwd wil zij door iedereen binnen de gemeenschap aanvaard blijven.⁶⁷ Een norm moet dus in overeenstemming zijn met de interpretatie van de norm zoals deze in hun samen handelen tot uitdrukking komt.⁶⁸

200. Voor rechtsnormen geldt min of meer hetzelfde, zij het dat verfijning van rechtsnormen alleen kan plaatsvinden binnen de geïnstitutionaliseerde context zoals die hier-

⁶³ Glastra van Loon 1980, p. 74.

⁶⁴ Hildebrandt 2002, p. 71, Glastra van Loon 1985.

⁶⁵ Claes 2003a, p. 132.

⁶⁶ Zie Claes 2003a, p. 134.

⁶⁷ Zie Hildebrandt 2002, p. 73-74.

⁶⁸ Zie 't Hart 1994, p. 176.

boven is geschetst.⁶⁹ Dat ook rechtsnormen hun betekenis krijgen in het samenhandelen tussen subjecten volgt ten eerste uit de erkenning dat de wetgever niet het monopolie heeft op de interpretatie van de rechtsnorm.⁷⁰ Hoewel een geschreven rechtsnorm een duurzamer karakter heeft dan een ongeschreven norm, omdat verfijning van geschreven rechtsnormen aan een strikte procedure gebonden is, wil dat niet zeggen dat interpretatie van die geschreven tekst onmogelijk is. Ten tweede volgt uit de hiervoor geschetste verhouding tussen norm en handeling ook dat het recht niet alleen een systeem van regels is, maar ook een *systeem van handelingen*.⁷¹ Dat wil zeggen dat de rechtsnorm zijn actuele betekenis krijgt in zijn toepassing en in die toepassing telkens weer kan worden aangescherpt. Het recht is een open systeem, waarin iedere rechtstoepassing ook rechtsschepping is, 'omdat in de concrete beslissing het oordeel verborgen zit dat de actuele, ter beoordeling staande stand van zaken onder de algemene regel valt – of juist niet.'⁷² Met andere woorden, wat de algemene regel is moet worden afgeleid uit de beslissing in het concrete geval. Vanuit het concrete geval moet vervolgens worden een juridische regel worden omschreven. De stap van het concrete naar het juridische wordt wel de Sprong van Scholten genoemd. Die sprong is altijd noodzakelijk en doorspekt met subjectieve argumenten, die onder andere cultureel bepaald kunnen zijn. Scholten zag het onvermijdelijke in het gebruik van deze subjectieve argumenten wel in, maar meende dat het recht hier niets meer mee te maken had.⁷³ Vloeit uit Scholtens opvatting nu voort dat de verfijning van rechtsnormen onder invloed van cultureel bepaalde sociale normen beperkt moet zijn? Volgens Van Manen lijkt Scholten inderdaad te kiezen voor een zo beperkt mogelijke invloed van cultureel bepaalde normen van minderheidsgroepen.⁷⁴

Van Manen meent echter dat ook het positieve recht deze opvattingen moet meewegen, omdat er geen ander mechanisme denkbaar is dat een zekere ordening in een multiculturele samenleving mogelijk maakt.⁷⁵ Alleen al daarom dient bij de definitieve omschrijving van de regel de rechter ook de normen van migrantenrecht in zijn oordeel te betrekken. Het betrekken van deze normen wil echter niet zeggen dat de inhoud van de regel dan ook moet worden verfijnd. Daarop kom ik nog terug.

4.2.6 Conclusie

201. Het handelen van subjecten vindt plaats in een gemeenschap van subjecten die elk een unieke positie innemen en elk vanuit die unieke positie een bepaalde in die gemeenschap bestaande norm interpreteren. In een multiculturele samenleving is die uniciteit van posities nog veel sterker, nu de positie die allochtonen innemen kan zijn vormgegeven door normen die in de gemeenschap van autochtonen onbekend waren.

⁶⁹ Zie nr. 194 in dit hoofdstuk.

⁷⁰ Zie Hildebrandt 2002, p. 82–89.

⁷¹ Zie Scholten 1974. Zie over de hedendaagse betekenis van Scholten o.a. Van Manen 1996.

⁷² Van Manen 2003, p. 61.

⁷³ Scholten 1974, p. 98: de inhoud van het recht wordt mede bepaald door het feitelijk gebeuren zoals deze zich in een rechtzaak voordoen. Een rechter kan in de beoordeling van een rechtsregel dan ook nooit de actuele stand van zaken veronachtzamen. Zij bepaalt mede de uitkomst van een zaak en daarmee van de concrete inhoud van een regel. De sprong van Scholten komt er dan op neer dat recht als open systeem nooit alleen rechtstoepassing is, nu de betekenis van het recht mede door de actuele praktijk wordt bepaald. Rechtstoepassing gaat dan altijd gepaard met rechtsschepping, met een aanscherping (verfijning) van de regel op basis van het verwerken van de actuele stand van zaken waarin legitimiteit van de regel bepaald is.

⁷⁴ Van Manen 2003, p. 62.

⁷⁵ Van Manen 2003, p. 63. Zie ook Bal 2003, p. 19, Foqué en Zijdeveld 1999.

Hoe divers de grondslag van ons handelen ook is, daarmee is niet gezegd dat er geen ontmoeting mogelijk is. Die ontmoeting was altijd al mogelijk in een autochtone gemeenschap van personen die allemaal uniek zijn en dus allemaal net iets anders ten opzichte van de hier geldende normen staan, en blijft ook mogelijk in een gemeenschap die niet meer gesloten kan zijn, maar door groeiende transport- en communicatiemogelijkheden te maken heeft gekregen met een veelheid aan posities. Niet alleen is het contact met anderen mogelijk omdat dat contact met de ander er nu eenmaal altijd was, maar ook omdat het pragmatisch het beste is het contact te zoeken. Het gevolg van het contact met personen met verschillende culturele achtergronden is dat een uniforme betekenis van normen minder evident wordt. Een rechtsnorm is namelijk pas legitiem als die door iedereen als legitiem kan worden aanvaard. Daaruit volgt dat in een multiculturele samenleving over de inhoud van rechtsnormen gediscussieerd zal moeten worden en daarbij inzichten van andere interpretaties van normen toepasselijk zijn op de verfijning van de rechtsnorm. Gebeurt dat niet, dan verliest het recht zijn legitimiteit bij grote groepen burgers. De discussie over normen ontstaat in het recht op het moment dat er wordt gehandeld, terwijl die handeling op het eerste gezicht in strijd is met de rechtsnorm. Wanneer het Openbaar Ministerie besluit te vervolgen, is het aan de rechter na te gaan of de interpretatie van de norm, zoals die uit de handeling blijkt, acceptabel is. Dat geschiedt via een procedure en de rechterlijke interpretatievrijheid is als gevolg van die procedure in ieder geval formeel beperkt. De vraag is nu wat uit dat debat mag volgen: kan de strafrechtsnorm worden verfijnd onder invloed van migrantenrecht en zo ja binnen welke grenzen is die verfijning mogelijk?

4.3 Verfijning van rechtsnormen in het strafrecht

4.3.1 *Inleiding*

202. Wat betekent de vaststelling dat de inhoud van rechtsnormen wordt bepaald door het handelen van subjecten voor de omschrijving van de wederrechtelijkheid van bepaald gedrag? Is het in het strafrecht ook mogelijk dat de inhoud van rechtsnormen mede wordt bepaald aan de hand van normen van migrantenrecht? In deze paragraaf zal ik op deze vragen ingaan. In subparagraaf 4.3.2 wordt stilgestaan bij de mogelijkheid wederrechtelijkheid vast te stellen door inzicht te krijgen in de betekenis van de norm in het samenhandelen. Daaruit zal blijken dat de bepaling van wederrechtelijkheid door de rechter afhankelijk is van het samenhandelen van subjecten en de normen die zij in hun handelen stellen maar ook van de rol die zij in een samenleving spelen. Beide aspecten worden uitgewerkt. In de eerste plaats wordt ingegaan op de vraag hoe normen door het samenhandelen onder invloed van migrantenrecht nader kunnen worden ingevuld (paragraaf 4.3.3). Ik zal aangeven dat aanpassing van normen altijd begrensd is, namelijk voor zover zij de culturele component van de norm betreft, nooit de morele (universele) component. In de tweede plaats wordt de betekenis van de rol in de vaststelling van wederrechtelijkheid verklaard. Daaruit zal blijken dat die rol een zekere verantwoordelijkheid met zich brengt (paragraaf 4.3.4). Die verantwoordelijkheid wordt in paragraaf 4.4 uitgewerkt.

4.3.2 *De betekenis van wederrechtelijkheid*

203. Allereerst dient een definitie van wederrechtelijkheid te worden gegeven. Eerder is aangegeven dat het begrip wederrechtelijkheid zowel een formele als een materiële betekenis heeft. Formele wederrechtelijkheid is omschreven als wederwettelijkheid,

dat wil zeggen dat wederrechtelijk is elk handelen dat in strijd is met een wettelijke strafbepaling. Wederrechtelijk is dat gedrag dat correspondeert met een wettelijke delictomschrijving. Materiële wederrechtelijkheid is gedrag 'dat strijdig is met normen van behoren, van maatschappelijke betamelijkheid, van gebruik en gewoonte en dus met alle geschreven en ongeschreven verplichtingen, kortom met het gehele objectieve recht dat in de samenleving onder rechtsgenoten geldt.'⁷⁶ In overeenstemming met hetgeen in de vorige paragraaf is omschreven definieert Ter Heide materiële wederrechtelijkheid als de gedraging die 'in het kader van het handelingsstelsel niet doelmatig en stelselmatig is, kortom als zij niet in dit stelsel, gezien de geldende spelregels en rol die de verdachte speelde, past.'⁷⁷ Wederrechtelijk handelen is volgens Ter Heide handelen dat weliswaar een norm stelt, maar de inhoud van die norm is geen acceptabele interpretatie van de geschonden rechtsnorm, gezien de in de gemeenschap algemeen geaccepteerde interpretatie van die rechtsnorm, maar ook gezien de positie die de verdachte daarin inneemt.

Wederrechtelijk handelen is volgens Ter Heide in navolging van Vrij 'subsociaal' handelen, dat wil zeggen handelen dat een 'deuk in de rechtsorde' of 'ontwrichting van het normbewustzijn' oplevert.⁷⁸ Die ontwrichting wordt echter niet definitief vastgesteld door de inhoud van de formele wederrechtelijkheid, maar moet worden bepaald op basis van de betekenis van de aan de rechtsnorm ten grondslag liggende norm die in het handelen tussen subjecten wordt aanvaard en gezien de rol die de verdachte in het samenhandelen speelt. Dat betekent volgens Ter Heide een 'dejuridisering' van wederrechtelijkheid, nu de enkele aanwezigheid van formele wederrechtelijkheid nog geen strafbaar feit oplevert.⁷⁹ Volgens Ter Heide moeten we deze dejuridisering vooral zien bij de vaststelling van de betekenis van bestanddelen van de delictomschrijving. Hier kan worden gewezen op de zaak tegen El Moumni waarin het bestanddeel 'beledigend' in deze zaak minder strikt werd uitgelegd als gevolg van de religieuze achtergrond van de verdachte.

Op zichzelf waren de uitlatingen van El Moumni kwetsend,⁸⁰ zoals in vergelijkbare gevallen wordt onderschreven,⁸¹ maar het feit dat ze konden worden gefundeerd op de religie van El Moumni maakte het wenselijk het bestanddeel 'beledigend' vanwege het normencomplex en de rol die verdachte daarin speelt (hij zei zich te laten leiden door zijn religie en daarin vervatte normen) beperkt in te vullen. Formele en materiële wederrechtelijkheid vielen dus samen in het bestanddeel beledigend. In de uitleg van dit bestanddeel moet blijkbaar niet alleen gekeken worden naar de juridisch-systematische en wetshistorische betekenis van dit bestanddeel. Tevens moet naar de uitleg ervan worden gekeken in het handelen van subjecten in een samenleving die wordt geconfronteerd met religieuze normen waarin homoseksualiteit wordt afgewezen en perso-

⁷⁶ Kelk 2005, p. 120.

⁷⁷ Ter Heide 1965, p. 121.

⁷⁸ Zie Vrij 1999, p. 200. Vrij stelde overigens dat subsocialiteit (door hem ook het 'onmaatschappelijke' genoemd) het derde element van strafbaarheid is, dat uit wederrechtelijkheid en schuld voortkomt (1999, p. 200). Ter Heide meent dat subsocialiteit verwijst naar materiële wederrechtelijkheid en plaatst subsocialiteit dus onder de wederrechtelijkheid. Volgens Ter Heide blijven er dus twee elementen van strafbaarheid. Zie over subsocialiteit ook Van Veen 1966, Goppel 1973. Het concept wordt heden ten dage nog wel gebruikt en in verband gebracht met wederrechtelijkheid, maar vooral als argument bij de beoordeling van de strafmaat. Zie bijv. Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 252, Kelk 2005, p. 147.

⁷⁹ Ter Heide 1965, p. 133.

⁸⁰ Rb Rotterdam 8 april 2002, *IJN* AE1154.

⁸¹ Zie bijv. HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261, m.nt. PMc.

nen die menen naar die normen te moeten handelen. Hetzelfde zien we ook in gevallen waarin formele en materiële wederrechtelijkheid duidelijk zijn gescheiden, namelijk bij een beroep op rechtvaardigingsgronden. De vraag of de verdachte wederrechtelijk heeft gehandeld, wordt dan niet alleen bepaald door te kijken naar de rechtsnorm, maar de betekenis van de rechtsnorm dient mede in het licht van de normen van de verdachte en de rol die hij speelt te worden vastgesteld.

204. Algemeen wordt aangenomen dat Ter Heide aan de juridisch-systematische en wethistorische betekenis van rechtsnormen weinig waarde hechtte.⁸² Het systeem van het recht is volgens hem ondergeschikt aan het handelen. Wanneer we dit vertalen naar de vraag in hoeverre het handelen dat is gebaseerd op normen van migrantenrecht de betekenis van wederrechtelijkheid kan bijstellen, blijkt niet of Ter Heide meent dat culturele normen van invloed zijn op de bepaling van wederrechtelijkheid. Ter Heide stelt wel dat normen niet gebaseerd moeten zijn op de ‘zedelijke overtuiging der natie’, maar op het resultaat van het samenhandelen tussen subjecten.⁸³ Dat zegt echter meer iets over het willen voorkomen van statische normen dan over de inhoud van de norm op een bepaald moment. Anders gezegd, de vraag of de inhoud van een norm kan zijn gebaseerd op culturele normen is hiermee nog niet terzijde geschoven. Een antwoord vinden we bij Vermunt. Volgens hem wordt iemand die strafrechtelijk ‘ter verantwoording’ wordt geroepen gezien als subject wiens handelen moet worden bezien in ‘een bepaalde maatschappelijke context; simpelweg de context waarin gehandeld is (gedragscontext) en die gekend zal moeten worden willen wij de handeling naar haar werkelijke betekenis kunnen waarderen. Tot de gedragscontext dient ook gerekend te worden de plaats die het handelend subject inneemt, de functie [in termen van Ter Heide zouden we van ‘rol’ kunnen spreken, JMtV] die door hem in het maatschappelijk leven wordt vervuld, kortweg zijn sociale positie.’⁸⁴ Het gevolg van deze stelling is volgens Vermunt het volgende. ‘Wanneer (...) een norm verbiedt om een bepaald rechtsgoed onheus te benaderen, dan hangt het mede van de sociale positie (en de daaraan inherente bijzondere relatie tot het rechtsgoed) van het handelend subject af welke handelwijzen voor het predikaat ‘onheus’ in aanmerking komen.’⁸⁵ Anders gezegd, noch de handeling, noch de norm bepaalt op zichzelf of een gedraging binnen de strafwet valt. Een handeling is strafrechtelijk relevant als op grond van een bepaald ‘maatschappelijk waarderingsoordeel’ het gedrag ‘ontoelaatbaar’ is.⁸⁶

Dat maatschappelijke waarderingsoordeel kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Vermunt geeft aan dat het veelal verwijst naar wat in het ‘gemeenschapsleven’ of een ‘volk’ als uniform oordeel wordt gegeven over toelaatbaar handelen. Toelaatbaar is elk gedrag dat door het volk als toelaatbaar wordt bestempeld. Dat algemene waarderingsoordeel zien we bijvoorbeeld bij Peters die de maatstaf van het ‘hogere belang’ gebruikt om de bandbreedte aan te geven waarbinnen de betekenis van wederrechtelijkheid mag veranderen.⁸⁷ Volgens Vermunt is een dergelijke algemene bandbreedte niet te geven. Volgens hem is toelaatbaar handelen, in zijn woorden ‘sociaal adequaat’ handelen, alleen vast te stellen op basis van de normen van de groep waartoe de verdachte behoort. Wanneer uit de normen van de groep blijkt dat de verdachte

⁸² Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 345-346.

⁸³ Ter Heide 1965, p. 75-76.

⁸⁴ Vermunt 1984a, p. 715.

⁸⁵ Vermunt 1984a, p. 715.

⁸⁶ Vermunt 1984a, p. 717.

⁸⁷ Peters 1966, p. 206-207.

sociaal adequaat – dat wil dus zeggen conform de normen van de groep – heeft gehandeld, heeft hij volgens Vermunt niet wederrechtelijk gehandeld.⁸⁸ Om te bepalen of de verdachte ook werkelijk adequaat heeft gehandeld, moeten volgens Vermunt drie vragen worden beantwoord: 'a) geldt ten aanzien van die groep binnen de samenleving waarvan het handelend subject deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen; b) behoort de handeling in concreto tot zo'n gedragstype; en (...) c) is de handeling door het handelend subject verricht uit hoofde van in het kader van zijn participatie aan die groep?'⁸⁹ Wordt elk van deze vragen positief beantwoord, dan is het gedrag volgens Vermunt niet wederrechtelijk en dus niet strafbaar.

205. Vermunt gebruikt deze vragen alleen voor zogeheten functionele delicten, dat wil zeggen strafbare feiten die uit hoofde van een bepaalde (maatschappelijke) functie worden gepleegd. Te denken valt aan de voetballer die tijdens een voetbalwedstrijd een handeling verricht die in de rest van de samenleving onacceptabel wordt geacht, maar binnen de voetbalwereld sociaal adequaat is. Ik zie niet in waarom voornoemde vragen niet van toepassing zouden kunnen zijn op culturele delicten. Culturele delicten zijn gedragingen die plaatsvinden vanuit een bepaalde culturele positie en uitdrukking zijn van een bepaalde maatschappelijke hoedanigheid (rol). Ze worden gepleegd op grond van een bepaald handelingspatroon.⁹⁰ Bij de beantwoording van de drie vragen kan worden gesteld, dat culturele delicten bij uitstek een verhoogde mate van sociale acceptatie vinden in de groep waartoe de verdachte behoort. Daarnaast worden verschillende culturele delicten gepleegd uit hoofde van participatie aan de betreffende groep. Van diverse culturele delicten wordt bijvoorbeeld gesteld, dat zij worden gepleegd omdat de groep zulks verlangt.⁹¹ Bij het niet voldoen aan dit verlangen kan sociale uitsluiting volgen. Is het gevolg van deze positieve beantwoording nu dat eervraak, bloedwraak of tuchting van vrouwen door hun echtgenoot moet worden geaccepteerd, omdat zij op grond van bovengenoemde vragenlijst tot sociaal adequaat gedrag leiden?⁹²

Het lijkt me dat Vermunt's toets deze consequenties niet kan rechtvaardigen gezien dergelijke gedragingen indruisen tegen fundamentele rechten van vrouwen.⁹³ Maar daarmee is de betekenis van het handelen en de rol die iemand speelt niet terzijde geschoven. Gelet op het voorgaande zijn over de bepaling van wederrechtelijkheid in relatie tot culturele delicten twee vragen te stellen: 1) is een algemene grens vast te stellen op basis waarvan handelingen die op verschillende culturele normen zijn gebaseerd kunnen worden getoetst en waarin recht kan worden gedaan aan de eis dat in het recht ruimte moet zijn voor culturele verschillen of is die grens groepsafhankelijk

⁸⁸ Vermunt 1984a, p. 718.

⁸⁹ Vermunt 1984a, p. 718.

⁹⁰ Zie Van Broeck 2001, p. 5-10.

⁹¹ Zie bijv. bij eervraak Nauta en Werdmölder 2002, p. 372. Zie hierover hoofdstuk 6, nrs. 294-295.

⁹² Zie over tuchting en wederrechtelijkheid Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 359. Hierover was in 2004 het nodige te doen naar aanleiding van een aantal in een Amsterdamse moskee gevonden geschriften waarin het slaan van vrouwen als een noodzakelijk aspect van de huwelijks plicht werd omschreven. Zie *Handelingen II* 2003/04, nr. 66, p. 4287-4290, *Handelingen II* 2003/04, nr. 72, p. 4712-4742.

⁹³ Zie Galenkamp 1998b, p. 13-14, Okin 1999. Meer in het algemeen is het probleem van Vermunt's aanpak het miskennen van de belangen van het slachtoffer in het strafrecht. Zie hoofdstuk 3, nrs. 158-159.

en 2) wat is de betekenis van de rol die iemand speelt voor het vaststellen van grenzen aan culturele verschillen bij het wederrechtelijkheidsoordeel? Beide vragen worden hieronder beantwoord.

4.3.3 *Algemene grenzen bij het wederrechtelijkheidsoordeel van culturele delicten*

206. Kan een algemene ondergrens worden geformuleerd waarin wordt bepaald welk gedrag strafbaar is en welk cultureel beïnvloed gedrag kan worden aanvaard? Om die vragen te beantwoorden moet een verfijning van het concept rechtsnorm worden gemaakt. Hierboven heb ik aangegeven dat een rechtsnorm idealiter door burgers wordt verinnerlijkt. Een legitieme rechtsnorm is een norm die door iedere burger als vanzelfsprekend wordt geaccepteerd. De inhoud van die rechtsnorm is echter niet eendimensionaal. Habermas stelt dat legitimiteit van een rechtsnorm per gemeenschap verschillend is. Een rechtsnorm is ingebed in een bepaalde gemeenschap, met bepaalde culturele mores en culturele normen, in zijn woorden met een bepaalde *ethiek* die inzicht geeft in de betekenis van het goede leven zoals die in een bepaalde cultuurgemeenschap wordt gedeeld.⁹⁴ De legitimiteit van rechtsnormen is dan ook mede ethisch bepaald:

‘Legal norms are derived from the decisions of a local lawmaking body and apply within a particular geographical area of the state to a socially delimited collectivity of members of that state. Within this well-defined sphere of validity, legal norms put the political decisions with which a society organized as a state acts upon itself into the form of collectively binding programs.’⁹⁵

Deze collectief gedeelde programma’s, dat wil zeggen wetgeving en beleid op bepaalde terreinen, zoals het (materiële) strafrecht, staan niet op zichzelf. Zij bestaan niet los van maatschappelijke ontwikkelingen van een samenleving. Habermas nogmaals citerend:

‘[T]he process of setting normative rules for modes of behaviour is open to influence by the society’s political goals. For this reason every legal system is *also* the expression of a particular form of life and not merely a reflection of the universal content of basic rights.’⁹⁶

Habermas stelt vervolgens dat hoe concreter een bepaalde maatschappelijke kwestie is en hoe dieper die kwestie ingrijpt in het leven en handelen van mensen, hoe sneller mensen geneigd zullen zijn hun culturele (in termen van Habermas: ethische) opvattingen als uitgangspunt te nemen van de te maken en eventueel bij te stellen wetgeving.⁹⁷ Dit zien we bijvoorbeeld in de voorgestelde aanpassingen van de verjaringstermijn bij meisjesbesnijdenis.⁹⁸ De verklaring voor die wijziging kan enkel worden ge-

⁹⁴ Habermas 1996a, p. 100, 160-161.

⁹⁵ Habermas 1998, p. 217.

⁹⁶ Habermas 1998, p. 217.

⁹⁷ Een oud voorbeeld is de discussie over het eerder genoemde artikel 248bis (oud) Sr (verbod op homoseksueel verkeer met o.a. minderjarigen). Van Bemmelen stelt in commentaar op dit artikel in 1954 dat de discussie over afschaffing ervan vanwege de ongelijke behandeling van homoseksuelen ten opzichte van heteroseksuelen hem niet sympathiek voorkomt. Niet duidelijk wordt waarom dat is, maar men kan zich indenken dat zulks wordt verklaard vanwege de destijds min of meer algemeen geldende afkerigheid van homoseksueel verkeer met minderjarigen. Zie Van Bemmelen/Van Hattum 1954, p. 469.

⁹⁸ Zie hoofdstuk 2, nr. 47.

vonden in de groeiende overtuiging in de ontvangende samenleving, dat een dergelijk delict beter en langer vervolgbaar moet zijn dan 'gewone' mishandeling. Ook de voorstellen tot verruiming van de aansprakelijkheid voor eerwraak kunnen in dit licht worden bezien. De belangrijkste reden hiervoor is de groeiende overtuiging dat eerwraak een belemmering is voor integratie en dus potentieel ondermijnend voor de sociale cohesie in de Nederlandse samenleving. Hoe vanzelfsprekender die overtuiging wordt, hoe meer ethische of cultureel bepaalde argumentatie wordt gebruikt om een bepaald fenomeen te bestrijden.

207. Hieruit volgt:

'...the process of actualizing rights is indeed embedded in contexts that require such discourses as an important component of politics (...). In such decisions the participants clarify the way they want to understand themselves as citizens of a specific republic, as inhabitants of a specific region, as heirs to a specific culture, which traditions they want to perpetuate and which they want to discontinue, how to deal with their history, with one another, with nature, and so on.'⁹⁹

Conflicten die betrekking hebben op een botsing van culturen, dat wil zeggen one-nigheid over de interpretaties van bepaalde normen vanwege verschillende (interpretaties van) referentiekaders kunnen worden verklaard door de ethische inbedding van het recht. Die inbedding is contingent, in die zin dat zij het resultaat is van historische omstandigheden, die vaak zeer toevallig zijn. Habermas erkent die contingentie en stelt daarover:

'Through their socialization processes, (...), the persons of which a state is composed at any given time also embody the cultural forms of life in which they have developed their identity – even if they have in the meantime become disengaged from the traditions of their origins. Persons – or better, their personality structures – form the nodal points, as it were, in an ascriptive network of cultures and traditions, of intersubjectively shared contexts of life and experience. And this network also forms the horizon within which the citizens of a nation, willingly or not, conduct the ethical-political discourses in which they attempt to reach agreement on their self-understanding. If the population of citizens as a whole shifts, this horizon will change as well.'¹⁰⁰

Het gevolg van een dergelijke verandering – die bijvoorbeeld ontstaat door immigratie, zoals die ook in Nederland heeft plaatsgevonden – is dat over de betekenis van normen, althans het ethische aspect daarvan, nieuwe discussies mogelijk zijn. In die ethische, cultureel ingebedde, discussies over de betekenis van rechtsnormen kunnen ook nieuwe groepen, met een andere ethische interpretatie van het goede leven, de ruimte vinden die interpretaties in het democratische debat over de vaststelling en concretisering van deze normen te laten horen. De ruimte om de betekenis van normen te veranderen ligt met andere woorden in de ethische component van de rechtsnorm besloten.¹⁰¹

⁹⁹ Habermas 1998, p. 218.

¹⁰⁰ Habermas 1998, p. 218-219 en p. 26-27. Zie ook Hildebrandt 2001, p. 327, Hildebrandt 2002, p. 79.

¹⁰¹ Zie Habermas 1998, p. 208.

208. De ethische inbedding van rechtsnormen betekent aan de ene kant dat zij (mede) zijn gefundeerd op een bepaalde cultureel bepaalde interpretatie van het goede leven, maar aan de andere kant betekent deze culturele inbedding niet dat rechtsnormen *in het strafrecht* enkel op basis van een ethische interpretatie kunnen worden omschreven. Een strafrecht dat zijn normen alleen op ethische gronden vaststelt is verstikkend, nu daarmee de kans bestaat dat bestraffing geschiedt ter disciplineren van mensen in een bepaald gewenst cultureel keurslijf. Daardoor wordt een strafrecht gecreëerd dat burgers hun vrijheid van handelen afneemt en conformiteit aan een bepaalde cultuur opdringt.¹⁰² Het strafrecht kan, zelfs al is het geconstrueerd op basis van een bepaalde conceptie van het goede leven, burgers hun uniciteit en dus hun vrijheid van handelen niet afnemen.¹⁰³ Het strafrecht moet op meer zijn gebaseerd dan een idee van het cultureel bepaalde goede.

Normen moeten in het strafrecht zijn gebaseerd op verschillende gronden. Niet alleen hebben normen een culturele inbedding, daarnaast kenmerken rechtsnormen in het strafrecht zich door een morele inbedding.¹⁰⁴ Als morele norm moet de norm door ieder individu kunnen worden aanvaard. Iedereen die bijvoorbeeld naar Nederland komt en wordt geconfronteerd met een bepaalde strafrechtelijke norm zal vanzelfsprekend naar die norm handelen. De normadressaten van een rechtsnorm zijn weliswaar leden van een bepaalde gemeenschap, maar die norm moet een ieder, ook de niet-leden van de gemeenschap, kunnen binden.¹⁰⁵ Het strafrecht dient bij uitstek op een universeel gedeelde set normen te zijn gebaseerd, omdat het diep ingrijpt in het leven van mensen.¹⁰⁶ Strafrechtsnormen moeten idealiter dus verboden inhouden die 'veralgemeniseerbaar' zijn, dat wil zeggen met een door ieder subject omarmd belang botsen. Volgens Bal kan dan worden gedacht aan schending van fundamentele mensenrechten zoals omschreven in het EVRM.¹⁰⁷ Dat is niet vanzelfsprekend, nu ten aanzien van de uitwerking van mensenrechten wel wordt gezegd dat zij onvoldoende houvast bieden en zelf te cultureel zijn bepaald. Dat geldt inderdaad ten aanzien van de uitwerking; de stelling dat de vrijheid van godsdienst boven andere mensenrechten staat is geen morele keuze, maar een cultureel ingebedde stellingname. Dat laat tegelijkertijd zien dat de morele grondslag van mensenrechten op zichzelf wel aanwezig kan zijn. Mensenrechten stellen een ondergrens voor ons handelen welke ondergrens in het handelen nader wordt ingevuld en bijgesteld.¹⁰⁸ Ik kan dit aan de hand van een voorbeeld illustreren.

¹⁰² Duff 2001, p. 41-42.

¹⁰³ Zie 't Hart 2001, p. 231-232, Renteln 1993, p. 495.

¹⁰⁴ Zie Günther 1991.

¹⁰⁵ Zie Bal 2003, p. 9.

¹⁰⁶ Zie Günther 1991, p. 206, Claes 2003a, p. 76. Dat geldt in een democratische rechtsstaat in het algemeen maar voor het strafrecht dus in het bijzonder. Claes wijst er in dit verband op dat de afdwingbaarheid van normen weliswaar rechtsbescherming biedt aan burgers, maar dat die rechtsbescherming wordt geboden door een krachtige inbreuk te maken op grondrechten in de vorm van leedtoevoeging. Met Dupont (1979, p. 14) spreekt hij van een paradox: de garantie van ieders welzijn geschiedt via anti-welzijn, d.w.z. leedtoevoeging.

¹⁰⁷ Bal 1994, p. 155.

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Brems 2003, die eveneens aanneemt dat de concrete invulling van mensenrechten, maar ook de afzonderlijke verhouding tussen mensenrechten contextueel is bepaald. Daaruit volgt dat, hoewel mensenrechten in de kern veralgemeniseerbaar zijn, in de concrete toepassing 'soms rekening [moet worden ge]houden met de specifieke omstandigheden waarin (...) mensen leven' (p. 154).

209. De ruimte om rekening te houden met de cultureel geïnspireerde opvattingen van vreemdelingen, zoals allochtonen, is volgens mij beperkt tot de ethische component van de rechtsnorm. Dan gaat het om de concrete betekenis van een rechtsnorm zoals deze in een bepaalde gemeenschap is omschreven en daarin wordt uitgelegd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Artikel 2 lid 2, aanhef en sub a EVRM erkent ‘verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld’ dat ‘absoluut noodzakelijk is’.¹⁰⁹ Stel nu dat we er van uitgaan dat het recht op zelfverdediging een morele norm is, omdat het in mensenrechtenverdragen (bijvoorbeeld artikel 51 Handvest van de Verenigde Naties) is neergelegd. Daarmee zeg ik niet dat deze norm niet betwistbaar is, nu de betekenis van de verschillende bestanddelen van de norm nader uitgelegd moeten worden en daarin cultureelspecifieke kenmerken kunnen opduiken. Maar op zichzelf kan het recht tot zelfverdediging als een morele norm worden omschreven. Dit recht kennen we in Nederland ook in het strafrecht. Het staat bekend als noodweer¹¹⁰ en wordt al sinds de invoering in 1886 omschreven als de handeling die is ‘geboden door de noodzakelijke verdediging van het eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed’ (artikel 41 lid 1 Sr).

De morele norm wordt in Nederland op een specifieke manier uitgewerkt, via een algemene strafuitsluitingsgrond,¹¹¹ die op een bepaalde wijze is omschreven en waarvan de verschillende bestanddelen in de loop der tijd op een bepaalde manier zijn uitgelegd. Die uitleg tracht noodzakelijke zelfverdediging als morele norm te behouden. Dat komt in artikel 41 lid 1 Sr tot uitdrukking in de bestanddelen verdediging en noodzakelijk; noch een aanval, noch een niet-noodzakelijke verdediging zijn beschermd. Verdediging en noodzakelijk vormen de morele component van de rechtsnorm. Aanpassing van die rechtsnorm is alleen mogelijk voor zover zij niet de strekking van de morele component van de norm terzijde schuiven.¹¹² Tegelijkertijd zijn verdediging en noodzakelijkheid niet gespecificeerd en vragen om nadere uitleg. In de jurisprudentie is een interpretatie ontstaan die aan de ene kant probeert recht te doen aan de morele norm waarop artikel 41 lid 1 Sr is gebaseerd, maar aan de andere kant ook aan de voor Nederland specifieke situatie.

Dit blijkt bijvoorbeeld in de uitleg van het bestanddeel eerbaarheid dat alleen betrekking heeft op seksuele eerbaarheid. De interpretatie van bestanddelen van artikel 41 lid 1 Sr, zoals eerbaarheid, vindt plaats door inzichten die zijn ingebed in een bepaalde juridische en maatschappelijke traditie. Zoals gezegd zou een verandering van de samenstelling van de samenleving kunnen leiden tot verandering van de inhoud van de rechtsnorm. De veranderende samenstelling van de samenleving moet daarbij leiden tot aanpassing van de inhoud van de *ethische component* van de rechtsnorm, niet van de morele component. Die kan alleen veranderen door het handelen op een moreel niveau te brengen, los van de ethische aspecten van ons handelen.¹¹³ Ten aanzien van

¹⁰⁹ Zie Jacobs en White 2006, p. 57-58. Er moet hier wel bij worden vermeld dat aan dit recht tot nu toe geen horizontale werking wordt toegekend. Artikel 2 lid 2, sub a EVRM ziet op situaties waarin organen van de staat tegen burgers optreden.

¹¹⁰ Aldus Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 313.

¹¹¹ Dat wil zeggen een strafuitsluitingsgrond die in Boek 1 Sr is opgenomen. In België is noodweer een bijzondere strafuitsluitingsgrond die alleen kan worden ingeroepen bij geweldsmisdrijven (zie art. 416 Swb). Zie over bijzondere strafuitsluitingsgronden in Nederland Bogert 2005.

¹¹² Dat de morele component van de norm als correctie van de ethische component wordt gezien, wordt ook onderschreven door Habermas 1998, p. 28, 29-30. Zie meer algemene zin ook Dworkin 1977, p. 172-177.

¹¹³ In de Tannerlezingen stelde Habermas dat rechtsnormen alleen een morele component hebben. Dat zou ertoe hebben geleid dat aanpassing van de rechtsnorm als gevolg van veranderingen in de

eerbaarheid zou dat betekenen dat de bestaande inhoud, dat wil zeggen seksuele eerbaarheid, zou kunnen veranderen bij veranderende samenstelling van de samenleving. Verandering van de inhoud is niet aan mij om te bepalen, maar moet in het samenhandelen van burgers tot uitdrukking komen. Het is aan de rechter om voeling te houden met de opvattingen die in de samenleving leven en op basis daarvan na te gaan of bijvoorbeeld de betekenis van eerbaarheid zou moeten veranderen. Die verandering zou in ieder geval niet onmogelijk moeten zijn.¹¹⁴

210. De inhoud van de ethische component van een rechtsnorm kan dus veranderen bij een veranderende samenstelling van de samenleving. Die veranderingen moeten echter altijd in overeenstemming zijn met de morele component van de rechtsnorm, die niet cultureel is bepaald, maar door het morele handelen van burgers wordt vastgesteld. Het belang van die morele component van een norm wordt door R Emmelink toegejuicht wanneer hij aangeeft dat een norm die alleen in het (cultureel geïnspireerde) handelen wordt bepaald een ‘caoutchouc-achtige’ formule krijgt ‘waarover een veelheid van opvatting mogelijk is en waardoor een stuk duidelijkheid, in een rechtsstaat noodzakelijk verloren gaat.’¹¹⁵ Van Veen waarschuwt in dit verband zelfs voor ‘eigenmachtigheid’ of eigenrichting, ‘alleen om eigen inzicht door te drijven’,¹¹⁶ dat wil zeggen de norm te ontdoen van een algemene strekking, het losweken van de morele component en de norm volledig cultureel in te vullen. De morele component van de rechtsnorm verwijst dan ook naar de fundamentele grondslagen van het recht, zoals gelegen in de democratische rechtsstaat. In die democratische rechtsstaat moet immers enerzijds ruimte zijn voor culturele verschillen, een ruimte die wordt mogelijk gemaakt doordat een rechtsnorm altijd een ethische component heeft, maar moet anderzijds het recht zelf niet opzij worden gezet. Dit lijkt mij de opvatting van Peters wanneer hij het overtreden van een norm toelaatbaar acht als een andere norm daartoe ruimte biedt.

211. Peters erkent dat de betekenis van wederrechtelijkheid door het handelen wordt uitgelegd en de normen die in dat handelen worden gesteld.¹¹⁷ Volgens Peters is wederrechtelijkheid niet een ding dat ‘in de werkelijkheid’ kan worden waargenomen of vastgepakt, maar door de rechter in een concreet geval wordt *geconstitueerd*. Die is alleen mogelijk als de betekenis van de wederrechtelijkheid in het handelen wordt vastgesteld, waarbij Peters als belangrijk criterium gebruikt of de handeling ‘een groter belang heeft gered, dan de wet door het betreffende verbod beoogde te beschermen.’¹¹⁸ Dat grotere belang is volgens Peters aanwezig als sprake is van een *tegennorm*. Deze tegennorm vormt een balans ten opzichte van de norm die in de strafbepaling tot uitdrukking komt en maakt het voor de verdachte mogelijk de wet te overtreden zonder daarvoor bestraft te worden. De tegennorm neemt de plicht om conform de wet te

samenleving niet mogelijk zou zijn. Habermas heeft, na kritiek, deze stelling in *Faktizität und Geltung* (Eng. vert. *Between Facts and Norms*) bijgesteld. Zie voor de Tannerlezingen Habermas 1988.

¹¹⁴ Zie De Hullu 2006, p. 317.

¹¹⁵ Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 346.

¹¹⁶ Van Veen 1975, p. 286-287. Van Veen wijst er daarbij vooral op dat een norm een bevel inhoudt aan iedere burger om zich van bepaald gedrag te onthouden. Een alleen ethisch ingevulde norm onttrekt de norm haar imperatieve karakter.

¹¹⁷ Peters 1966, p. 34.

¹¹⁸ Peters 1966, p. 196.

handelen dus weg.¹¹⁹ Het accepteren van een beroep op een tegennorm door de verdachte is alleen dan mogelijk wanneer de inhoud van de tegennorm, zoals blijkt uit de handeling van de verdachte, conform het zogeheten *Güterabwegungsprinzip* een hoger belang heeft gediend dan de strafwet beoogde te dienen.¹²⁰ Dit hogere belang is een norm die iedereen mag volgen, omdat zij voor iedereen zo waardevol is, dat zij overtreding van een strafbepaling opzij kan zetten.¹²¹ De tegennorm voorkomt mijns inziens tevens een te grote dejuridisering.

De tegennorm is namelijk ook een rechtsnorm, in de vorm van een (geschreven) rechtvaardigingsgrond, zoals noodweer. Het straffeloos kunnen handelen is dan ook alleen mogelijk als met succes een beroep kan worden gedaan op een *in het recht* erkende grond voor overtreding van de strafbepaling. Dat beroep is daarbij pas dan succesvol indien de norm die door de verdachte in zijn handelen is gesteld een norm is die naar algemene maatstaven een 'hoger belang' dient dan de strafbepaling beoogde te beschermen. Daarmee wordt duidelijk dat niet elke invulling van een rechtvaardigingsgrond acceptabel is. De invulling mag wel worden bijgesteld aan de norm die de verdachte door zijn handelen stelt, maar niet zodanig dat de rechtvaardigingsgrond daarmee geen hoger belang dient. Immers, aangezien ook een rechtvaardigingsgrond een rechtsnorm is, heeft zij een ethische component. Daarop heb ik ten aanzien van noodweer hiervóór al gewezen. Die ethische component maakt het mogelijk de inhoud van bijvoorbeeld noodweer 'bij de tijd' te houden, dus in overeenstemming met de norm zoals die in het handelen van burgers is gelegen. Dat neemt niet weg dat het 'bij de tijd' houden beperkt is. De norm kan alleen zover worden bijgesteld dat zij een hoger belang blijft dienen, dat zij met andere woorden in overeenstemming is met de morele component van de rechtsnorm.

Peters tracht hiermee het belang van het recht zelf te onderstrepen, hetgeen gelet op het gestelde in hoofdstuk 3 mijns inziens is toe te juichen.¹²² Openheid voor andere normen in het recht is alleen mogelijk met behulp van het recht zelf, niet door de systematiek van het positieve recht terzijde te stellen en af te gaan op wat verschillende groepen wederrechtelijk achten. Dejuridisering mag niet zover gaan dat de systematiek van het recht verloren raakt. Dan dreigt het gevaar dat het recht 'elke vaste grond, op basis waarvan verschillende rechtvaardigheidsclaims van verschillende sociale groepen kunnen worden geëvalueerd, verliest.'¹²³ Hoe sympathiek ook, het gevaar van de nadruk op een tegennorm zou kunnen zijn dat onvoldoende aandacht wordt geschonken aan de culturele achtergrond van de gedraging. Peters erkent, Glastra van Loon aanha-lend, weliswaar dat handelingen alleen kunnen worden begrepen als kennis wordt genomen van het normencomplex waarop dat handelen is gebaseerd. We moeten dan de normen 'leren kennen, op een wijze die in principe niet verschilt van de wijze, waarom men bijv. de syntaxis van een taal moet leren kennen.'¹²⁴ Peters voegt daar aan toe: 'Dat dit de enige manier is waarop handelingen kunnen worden gekend, blijkt erg duidelijk wanneer men de betekenis van handelingen in een andere cultuur moet bepalen.'¹²⁵ Maar dat betekent niet dat dit normencomplex bepalend is voor de vaststelling van

¹¹⁹ Peters 1966, p. 206-207.

¹²⁰ Peters 1966, p. 196.

¹²¹ Zie Nieboer 1991, p. 215.

¹²² Hoofdstuk 3, nrs. 181-182.

¹²³ ...'of losing any firm ground from which we can evaluate the competing justice claims of different social groups' (Williams 1995, p. 82).

¹²⁴ Glastra van Loon 1987, p. 259.

¹²⁵ Peters 1966, p. 33

wederrechtelijkheid. Peters hanteert daarvoor, nu iets anders niet blijkt, ook bij andere culturen de eis van het Güterabwegungsprinzip, dat algemeen toepasselijk is en geen onderscheid lijkt te maken tussen culturen. Om recht te doen aan culturele verschillen is mijns inziens dan ook de garantie nodig dat bij de afweging van de inhoud van de tegennorm rekening wordt gehouden met culturele verschillen. Dat brengt mij bij de aandacht voor de rol of positie van de verdachte bij het wederrechtelijkheidsoordeel.

4.3.4 *De rol en de bepaling van wederrechtelijkheid*

4.3.4.1 *Inleiding*

212. Hiervóór is aangegeven dat de bepaling van wederrechtelijkheid mede afhankelijk is van de ‘rol’ die een verdachte speelt ten tijde van het door hem gepleegde strafbare feit. Vermunt meent bijvoorbeeld dat wederrechtelijkheid door de rechter pas definitief kan worden vastgesteld wanneer de gedraging ook in het licht van de rol die de verdachte ten tijde van de gedraging speelde wordt gezien. De voetballer die een sliding maakt en een ander verwondt, zal in het dagelijks leven wellicht ‘opzettelijk pijn en leed toebrengen’ ofte wel een strafbare mishandeling plegen (artikel 300 lid 1 Sr), maar de sliding kan een op het voetbalveld geaccepteerde interventie zijn. Dat heeft te maken met de setting waarin het gedrag werd gepleegd: op het voetbalveld gelden andere normen dan in het dagelijks leven en waarom zou een voetballer voor mishandeling worden veroordeeld als hij conform de normen op het voetbalveld heeft gehandeld? Vermunt meent dat de rol of sociale positie die iemand ten tijde van het delict inneemt (mede) bepalend is voor de vraag of het gedrag wederrechtelijk was en dus strafbaar. Ik heb aangegeven dat zijn model ook voor culturele delicten van toepassing kan zijn.¹²⁶ Betekent dit nu ook dat de rol die de allochtone pleger van een cultureel delict speelt van invloed kan zijn op de bepaling van de wederrechtelijkheid? Om die vraag te beantwoorden moeten een aantal stappen worden gezet. a) In de eerste plaats is de vraag of de burger in de publieke ruimte wel op basis van zijn culturele achtergrond mag handelen. Dient hij die achtergrond niet tot de private sfeer te beperken? Zou dat het geval zijn, dan is de discussie over rollen niet nodig omdat een cultureel-specifieke interpretatie van rollen dan niet wenselijk is. b) In de tweede plaats betekent het handelen vanuit een bepaalde rol ook het in vrijheid kunnen handelen vanuit de eigen achtergrond. Hoever gaat die vrijheid? Ik zal aangeven dat vrijheid twee betekenissen heeft en dat daarin zowel de ruimte om op basis van eigen culturele normen te handelen besloten ligt als een zekere verantwoordelijkheid jegens de gemeenschap. Het is die verantwoordelijkheid die me brengt tot een omschrijving van de rol van een verdachte in het strafrecht. c) Die rol is een rol van ‘aanspreekbaarheid’ waarin een opdracht besloten ligt aan de rechter om een ander ook echt aan te spreken en een opdracht aan de burger om aangesproken te kunnen worden en te antwoorden.

4.3.4.2 *De private en de publieke sfeer*

213. Ad a) In hoofdstuk 2 is ingegaan op de opvattingen van Maris die de ruimte voor culturele verschillen beperkt tot de private sfeer.¹²⁷ In de private sfeer, vroeger meestal

¹²⁶ Ik heb aangegeven dat Vermunts model erg open is en daarmee onvoldoende bescherming biedt aan bijvoorbeeld slachtoffers. Het model dat ik hieronder uitwerk, tracht recht te doen aan deze kritiek.

¹²⁷ Hoofdstuk 2, nr. 99.

geassocieerd met het gezin maar tegenwoordig heeft ze een persoonlijke betekenis,¹²⁸ heeft het individu een zo groot mogelijke vrijheid om te handelen naar de normen die hij wenst te volgen. In de publieke sfeer wordt gesproken van levensbeschouwelijke neutraliteit. Daarvan is sprake op het moment dat de staat (het recht) 'bepaalde concepties van het goede leven niet mag belonen of bestraffen, maar in plaats daarvan een neutraal raamwerk moet bieden waarin verschillende en potentieel conflicterende concepties van het goede leven kunnen worden nagestreefd.'¹²⁹

De neutraliteit die daarbij wordt nagestreefd, kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. Kukathas interpreteert neutraliteit vanuit het belang van minderheidsgroepen. Zij zijn volgens hem niet gediend met inmenging van de staat. De staat heeft volgens hem tot taak 'het fundamentele belang van individuele vrijheid of individuele rechten' zeker te stellen.¹³⁰ Dat kan de staat alleen door groepen zoveel mogelijk met rust te laten en te voorkomen dat hij een 'indringende sociale of politieke eenheid' opdringt.¹³¹ Groepen worden in deze interpretatie zoveel mogelijk vrijheid gegarandeerd, zelfs zoveel dat zijn standpunt neerkomt op 'leven en laten leven'.¹³² Praktijken van minderheidsgroepen worden in vergaande mate gegarandeerd, zelfs zover dat volgens Kukathas 'significante schade mag worden toegebracht (door de dominante machten in een groep) aan de meest kwetsbare leden van een minderheidsgroepen – meestal vrouwen, kinderen en opposanten'.¹³³ Dat gaat de meeste auteurs te ver. Barry stelt bijvoorbeeld dat als gevolg hiervan alles wat in de rest van de samenleving uitdrukkelijk is verboden, binnen deze groepen wordt toegestaan. Dat ondermijnt niet alleen de belangen van vrouwen, kinderen en dergelijke, maar de samenleving in het geheel. Een liberale staat moet zich tegen dergelijke praktijken kunnen verzetten.¹³⁴

Een andere interpretatie van neutraliteit vinden we bij Maris, die aansluiting zoekt bij Rawls.¹³⁵ Neutraliteit betekent procedurele neutraliteit, waarmee wordt bedoeld dat burgers niet moeten worden opgesloten in hun eigen groep, waar Kukathas feitelijk naar streeft,¹³⁶ maar ervan wordt uitgegaan dat zij ook lid zijn van een politieke gemeenschap waarin voor iedereen belangrijke beslissingen worden genomen. Deelname aan die gemeenschap is vanwege de impact van die beslissingen van groot belang. De deelname is echter aan een voorwaarde verbonden. Volgens Rawls dienen we bij het betreden van de publieke ruimte te handelen op basis van 'publieke rede' waarin geen ruimte is voor 'onze persoonlijke bevindingen en reflecties over politieke vraagstukken, of ten aanzien van het redeneren over deze vraagstukken, door leden van associaties zoals kerken of universiteiten, die op zichzelf een vitaal deel zijn van de

¹²⁸ Zie Kymlicka 1990, p. 258-259.

¹²⁹ ...'should not reward or penalize particular conceptions of the good life, but rather, should provide a neutral framework within which different and potentially conflicting conceptions of the good can be pursued' (Kymlicka 1989, p. 883).

¹³⁰ ...'the fundamental importance of individual liberty or individual rights' (Kukathas 1992, p. 107).

¹³¹ ...'deep social or political unity' (Kukathas 1998, p. 696). Zie ook Slijper 1999, p. 92.

¹³² Zie Galenkamp 1998b, p. 13-14.

¹³³ ...'significant harms can be inflicted (by the dominant powers in the group) on the most vulnerable members of a minority community – usually women, children and dissenters' (Kukathas 1997, p. 70).

¹³⁴ Barry 2001, p. 142. Zie ook Freeman 1993, p. 36, Shachar 2001a, p. 69.

¹³⁵ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709, Maris 1992, p. 208-209.

¹³⁶ Zie Carens 2000, p. 97-100. Zie voor het gevaar van afzondering Habermas 1998, p. 224. Hij stelt dat afzondering kan leiden tot fundamentalisering van de eigen normen en daarmee uiteindelijk tot het onmogelijk maken van elk gesprek over het bereiken van gemeenschappelijke interpretaties van normen.

achtergrondcultuur.¹³⁷ De achtergrondcultuur, dat wil zeggen de cultuur op basis waarvan wordt gehandeld en op basis waarvan keuzes worden gemaakt, is voor het handelen in de private sfeer van betekenis. De publieke sfeer kent een eigen cultuur, de *overlappende consensus*.¹³⁸

Mijns inziens kenmerkt de publieke sfeer zich juist *niet* door een uniforme overlappende consensus, maar door een diversiteit van opvattingen en ideeën die mede door culturele verschillen is bepaald. De publieke sfeer is 'een plaats van verschijning waarin actoren met andere actoren worden geconfronteerd en zijn onderworpen aan wederzijds nauwkeurig onderzoek en beoordeling vanuit een pluraliteit van perspectieven. Het publieke bestaat uit verschillende verhalen en perspectieven die verschillend van elkaar zijn, verbonden en toch van elkaar gescheiden en tegelijkertijd niet tot elkaar te herleiden.'¹³⁹ Een publieke sfeer is niet monocultureel; zij biedt mogelijkheden voor een intercultureel debat. De mens kan niet zomaar zijn 'culturele jas' of bagage afdoen. Hij heeft die bagage nodig om de wereld om hem heen te leren begrijpen, met behulp daarvan te handelen en anderen te begrijpen.¹⁴⁰ Het gevaar van de overlappende consensus is dat zij – onbedoeld wellicht – een interpretatie is van de dominante (westerse) meerderheidscultuur die niet kan worden betwist.¹⁴¹ De normen die dan vanuit een overlappende consensus worden geformuleerd zouden dan alleen morele normen zijn, terwijl feitelijk een bepaalde ethische opvatting van het goede erin verweven is. Beter is dan het erkennen van die ethische opvatting en minderheidsgroepen de ruimte bieden om die opvatting te betwisten om zo een betere, voor iedereen acceptabele, interpretatie van een norm te bereiken. Dat zou kunnen bijdragen aan het vergroten van de legitimiteit van de rechtsnorm.¹⁴²

4.3.4.3 *Vrijheid in een democratische rechtsstaat*

214. Ad b) Het kunnen spelen van een bepaalde rol veronderstelt ook vrijheid om op basis van die rol te kunnen handelen. Vrijheid is in algemene zin het centrale beginsel van elke democratische rechtsstaat. De democratische rechtsstaat garandeert zoveel mogelijk bewegingsruimte voor personen om hun eigen leven richting te geven. Kern van vrijheid is dat de staat de burger zoveel mogelijk met rust laat in het kiezen van het eigen levenspad. Die vrijheid wordt onder andere gegarandeerd in de klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst en het recht op privacy. Vooral deze grondrechten maken culturele diversiteit mogelijk.¹⁴³ Zij geven burgers niet alleen de ruimte om een bepaalde opvatting erop na te houden maar ook naar die opvatting te handelen en anderen ervan proberen te overtuigen dat die opvatting de juiste is.¹⁴⁴ Tegelij-

¹³⁷ ...'our personal deliberations and reflections about political questions, or to the reasoning about them by members of associations such as churches and universities, all of which is a vital part of the background culture' (Rawls 1993, p. 215).

¹³⁸ Rawls 1993, p. 192.

¹³⁹ ...'a place of appearance where actors stand before others and are subject to mutual scrutiny and judgment from a plurality of perspectives. The public consists of multiple histories and perspectives relatively unfamiliar to one another, connected and yet distanced and irreducible to one another' (Young 2000, p. 111).

¹⁴⁰ Zie nrs. 196-197 in dit hoofdstuk. Zie ook nog Arendt 1998, p. 8, Young 1990, p. 116.

¹⁴¹ Zie Hildebrandt 2001, p. 325-326, Parekh 2000, p. 111, Ch. Taylor 1994, p. 43, Benhabib 1992, p. 153-158.

¹⁴² Zie Habermas 1998, p. 208, Benhabib 2002, p. 110-112, 't Hart 1995, p. 24-25.

¹⁴³ Zie Galenkamp 2001, p. 384, Poulter 1998, p. 26-29, 85.

¹⁴⁴ Ten aanzien van godsdienstvrijheid wordt dit gegarandeerd door het EHRM. Zie bijv. EHRM 25 mei 1993, appl.nr. 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland), EHRM 13 december 2001, appl.nr. 45701/99 (Metro-politan Church of Bessarabia e.a./Moldavië). Zie Evans 2001, p. 103-132. De

kertijd moet worden erkend dat deze vrijheid niet absoluut is. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de beperking van mensenrechtenbepalingen, zoals artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst). In lid 2 van dat artikel staat dat beperkingen van de vrijheid van godsdienst mogelijk zijn wanneer die bij wet zijn bepaald en ‘in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten of vrijheden van anderen’ en in een ‘democratische samenleving noodzakelijk zijn’. Daaruit blijkt dat mensenrechten niet alleen multiculturaliteit garanderen maar tegelijkertijd ook multiculturaliteit beperkend zijn.¹⁴⁵ Het beperken van mensenrechten is, blijkens de beperkingen van bijvoorbeeld artikel 9 lid 2 EVRM, vooral op de staat gericht. Beperking door de staat is slechts onder strikte voorwaarden toegestaan.¹⁴⁶

Tegelijkertijd zien we in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg een steeds sterkere nadruk op de verantwoordelijkheid van burgers in de uitoefening van mensenrechten. Letterlijk stelt het hof: ‘In het bijzonder rust pluraliteit, onder andere, op de erkenning en het *oprechte respect* voor verscheidenheid en op de dynamiek van tradities en etnische en culturele identiteiten. Harmonieuze interactie tussen personen en groepen onder verschillende identiteiten is essentieel voor de sociale cohesie.’¹⁴⁷ Vrijheid vraagt met andere woorden om verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid wordt ook wel omschreven als positieve vrijheid, de vrijheid ‘tot’.¹⁴⁸ Maar verantwoordelijkheid is onmogelijk zonder het *kunnen* afleggen van verantwoording. Alvorens op verantwoordelijkheid in te gaan, wil ik eerst stilstaan bij de mogelijkheid tot het kunnen afleggen van verantwoording. Positieve vrijheid heeft betrekking op het kunnen optreden in de publieke ruimte als *gelijkwaardige* partner die meebeslist op grond van zijn specifieke achtergrond en aldus in staat kan zijn om verantwoording af te leggen voor het eigen ‘individuele, onvervangbare en contingente levensverhaal.’¹⁴⁹ Positieve vrijheid is bedoeld de burger de ruimte te bieden te kunnen deelnemen aan het publieke debat en daarin aan de totstandkoming van normen. Door middel van positieve vrijheid is de burger in staat normen te betwisten en zo een discussie te starten over de betekenis van bijvoorbeeld wederrechtelijkheid.¹⁵⁰

215. Deelname aan het publieke debat is van fundamenteel belang voor de concrete omschrijving van de ruimte van de private sfeer, dat wil zeggen onze negatieve vrijheid. De invulling van onze handelingsvrijheid ligt niet in mensenrechten zelf, maar wordt vastgesteld in het samenhandelen in de publieke ruimte.¹⁵¹ Dat vraagt om een zo groot mogelijke positieve vrijheid waarin een goed debat mogelijk is. Sommige auteurs menen dat de garantie van een zo goed mogelijke open discussie voldoende is

vrijheid o.b.v. culturele normen te handelen is erkend in EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 27238/95 (Chapman/Verenigd Koninkrijk).

¹⁴⁵ Zie Burkens en B.P. Vermeulen 1993, p. 207, Cliteur 1999a.

¹⁴⁶ Zie Evans 2001, p. 133-167.

¹⁴⁷ ‘En particulier, le pluralisme repose, entre autres, sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions et des identités ethniques et culturelles. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale’ (EHRM 20 oktober 2005, appl.nr. 74989/01 (Ouranio Toxo/Griekenland), § 35 (curs. JMtV)).

¹⁴⁸ Zie ‘t Hart 1997, p. 301.

¹⁴⁹ ...‘individual, irreplaceable, and contingent life history’ (Habermas 1996a, p. 96).

¹⁵⁰ Zie in algemene – niet strafrechtelijke – zin Bohman 1995, p. 262.

¹⁵¹ Zie Benhabib 2002, p. 114.

om culturele diversiteit te garanderen. Kern van het betoog is dan dat alle, ook de gemarginaliseerde groepen moeten kunnen deelnemen aan het publieke debat.¹⁵² De discussie richt zich vervolgens vooral op de cognitieve en affectieve problemen die zich op het niveau van het concrete debat kunnen voordoen en de vraag hoe die verholpen kunnen worden en welke institutionele arrangementen kunnen bijdragen aan het oplossen van die problemen.¹⁵³ Wat de inhoud van normen is en welke ruimte voor culturele verschillen kan bestaan, staat dan niet bij voorbaat vast. 'Rechtvaardigheid wordt niet analytisch, maar discursief vastgesteld.'¹⁵⁴ Hierdoor staat echter niet langer de concrete betekenis van negatieve vrijheid ter discussie, maar is de vraag enkel nog hoe we tot een bepaalde betekenis van negatieve vrijheid kunnen komen. Nadruk ligt dan niet op de inhoud, maar op de vorm van het debat.¹⁵⁵

216. In het strafrecht is er een (beperkte) mogelijkheid tot debat.¹⁵⁶ Het onderzoek ter terechtzitting maakt dat debat mogelijk in de ondervraging van de verdachte door de rechter, de officier van justitie en verdachtes raadsman (artikel 286 Sv), de ondervraging van de getuige (artikel 292 Sv) en de ondervraging van de deskundige (artikel 299 lid 1 jo. artikel 292 Sv). De minister van Justitie heeft aangegeven het contradictoire karakter van het strafproces, waarin sterk belang wordt gehecht aan het debat tussen OM en verdachte,¹⁵⁷ de komende tijd via wetgeving te willen versterken. Dat blijkt uit het wetgevingsprogramma dat in 2003 naar de Tweede Kamer is gestuurd en waarmee is ingestemd.¹⁵⁸ De versterking van het contradictoire karakter zal in de komende tijd vorm krijgen. Het voeren van een contradictoire procedure staat echter niet op zichzelf. Het strafproces is bedoeld ter realisatie van het materiële strafrecht;¹⁵⁹ het debat staat dus niet op zichzelf, maar dient een inhoudelijke discussie, namelijk het aanreiken van informatie aan de rechter om de verdachte voor het hem ten laste gelegde feit al dan niet te kunnen veroordelen. Wanneer we de nadruk op positieve vrijheid naar het strafrecht zouden vertalen, zou dat erop neerkomen dat het materiële strafrecht aan het formele strafrecht ondergeschikt wordt gemaakt.¹⁶⁰ Met Peters ben ik echter van mening dat de discussie een duidelijk vertrekpunt dient te hebben, namelijk de strafwet.

De strafwet, waarin strafbepalingen zijn opgenomen zoals in het Wetboek van Strafrecht, biedt houvast op grond waarvan de concrete betekenis van bijvoorbeeld de wederrechtelijkheid kan worden vastgesteld.¹⁶¹ Dit geeft aan dat het debat is ingebed in wat Habermas de 'juridische vorm' noemt. Het debat over wederrechtelijkheid vindt dan niet plaats zonder kennis te nemen van wat de juridische betekenis daarvan is op het moment van het gepleegde feit. De bestaande interpretatie van wederrechtelijkheid

¹⁵² Zie Williams 1995, p. 80, Bohman 1995, p. 264.

¹⁵³ Zie Benhabib 2002, p. 133.

¹⁵⁴ 'Justice is not defined analytically, but discursively' (Williams 1995, p. 81).

¹⁵⁵ Zie Williams 1995, p. 82.

¹⁵⁶ Zie Wiersinga 2002, hoofdstuk 3.

¹⁵⁷ Al dan niet via zijn raadsman, die tijdens het onderzoek ter terechtzitting dezelfde rechten heeft met betrekking tot het ondervragen van getuigen en deskundigen. Zie artikel 331 lid 1 Sv.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29.271, nr. 1. Zie over dit programma Cleiren et al. 2006.

¹⁵⁹ Zie Corstens 2005, p. 235.

¹⁶⁰ Cleiren (2006, p. 184-186) wijst er in ander verband op dat de nadruk op het formele strafrecht vooral te maken heeft met het bewust omzeilen van materieelstrafrechtelijke bescherming. Zij die het accent volledig op positieve vrijheid leggen doen dat niet met het doel het materiële recht en de bescherming die zij burgers biedt bewust te omzeilen, maar miskennen daardoor ten aanzien van het strafrecht in ieder geval de onderlinge verhouding tussen strafprocesrecht en materieel strafrecht.

¹⁶¹ Peters 1966, p. 208. Zie ook Vermunt 1984b, p. 144-145.

vormt daarvoor het vertrekpunt, maar is niet het eindpunt van de discussie. De in de handeling tot uitdrukking komende norm vormt aanzet tot een nadere discussie. De telkens terugkomende discussies over de inhoud van normen moet volgens Habermas

‘themselves be legally institutionalized in the form of political civil rights, and for such institutionalization to occur, the legal code as such must be available. But in order to establish this legal code it is necessary to create the status of legal persons who as bearers of individual rights belong to a voluntary association of citizens and when necessary effectively claim their rights. There is no law without the private autonomy of legal persons in general. Consequently, without basic rights that secure the private autonomy of citizens there is also no medium for legally institutionalizing the conditions under which these citizens as citizens of a state, can make use of public autonomy.’¹⁶²

Met andere woorden, kunnen deelnemen aan het publieke debat, het gebruikmaken van positieve vrijheid, is alleen mogelijk indien politieke burgerrechten aanwezig zijn, die zijn gepositieerd. Er vormt zich hier een complexe relatie tussen positieve en negatieve vrijheid (door Habermas private en publieke autonomie genoemd). Die relatie wordt door Habermas als volgt uitgelegd:

‘On the one hand, citizens can make adequate use of their public autonomy only if, on the basis of their equally protected private autonomy, they are sufficiently independent; but that, on the other hand, they can arrive at a consensual regulation of their private autonomy only if they make adequate use of their political [dat wil zeggen public, JMtV] autonomy as enfranchized citizens.’¹⁶³

Habermas geeft hiermee aan dat vrijheid twee kanten heeft. Aan de ene kant biedt vrijheid, zoals gegarandeerd door mensenrechten als de vrijheid van godsdienst, de privacyvrijheid en de vrijheid van meningsuiting, de ruimte om een eigen identiteit te ontwikkelen en naar die eigen identiteit te handelen. De Staat heeft zich niet de meningen in die keuzevrijheid en de burger zoveel mogelijk ruimte te geven waarin hij zichzelf kan ontplooiën. Tegelijkertijd behoeven deze vrijheidsrechten altijd nadere invulling.

De meer specifieke omschrijving van deze vrijheidsrechten geschiedt in een democratische rechtsstaat in een publiek debat waaraan iedereen moet kunnen deelnemen. Immers, de legitimatie van een omschrijving van bijvoorbeeld deze vrijheidsrechten is afhankelijk van de mogelijkheid waarin burgers aan die omschrijving kunnen bijdragen. Aan de andere kant is voor een omschrijving van mensenrechten de vrijheid nodig om in debat met elkaar die omschrijving vast te stellen. De ene kant van vrijheid, de vrijheid om een eigen identiteit te vormen zonder inmenging van de staat (derden in het algemeen) is alleen mogelijk als er een andere kant van vrijheid is, de vrijheid

¹⁶² Habermas 1998, p. 260-261.

¹⁶³ Habermas 1998, p. 261. Habermas stelt dat die dubbele relatie in de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat besloten ligt. Zij toont dat er een spanningsverhouding is tussen het zich terugtrekken in de private ruimte en het kunnen deelnemen aan het publieke debat. Die spanningsverhouding moet echter zo worden uitgelegd dat beide vormen van vrijheid, net als democratie en rechtsstaat, elkaar nodig hebben om op zichzelf te kunnen bestaan. Zie Habermas 1996a, p. 96 e.v.

om in debat te treden over de betekenis van de vrijheden om een eigen identiteit te vormen.

Maar, en daarmee wordt een cirkel rond gemaakt, die vrijheid om in debat te treden is weer afhankelijk van de vrijheid een eigen identiteit vorm te geven. Immers, het debat vindt in een openbare ruimte plaats waarin subjecten zijn toegetreden en vanuit een bepaalde identiteit handelen. Dat debat is alleen mogelijk als het handelend subject een identiteit heeft kunnen vormen. Beide vrijheden zijn dus nodig: negatieve vrijheid (de vrijheid een eigen identiteit te vormen) en positieve vrijheid (de vrijheid om in debat de reikwijdte van negatieve vrijheid te omschrijven en te begrenzen) zijn twee zijden van dezelfde medaille.

4.3.4.4 *Vrijheid, rol en aanspreekbaarheid*

217. Ad c) De uitoefening van positieve vrijheid vindt plaats in de publieke sfeer. Daarin toont het rechtssubject zich aan anderen. Dat levert een zekere kwetsbaarheid op.¹⁶⁴ In de publieke sfeer heeft het subject immers niet alleen de mogelijkheid op basis van zijn eigen identiteit te handelen, daarmee toont het ook die identiteit aan anderen en maakt het subject de ander mogelijk op hem kritiek te leveren. Die kritiek kan als pijnlijk worden ervaren. Tegelijkertijd is het leveren van kritiek ook een bewijs dat de ander het subject ziet, aanspreekt en interessant genoeg vindt om op hem kritiek te leveren. Die ‘aanspreekbaarheid’ betekent communicatie en juist communicatie is voor het strafproces van groot belang, ook wanneer zij gepaard gaat met een betrekking heeft op culturele verschillen. Aanspreekbaarheid zorgt er namelijk voor dat de aangesprokene in staat is 1) zijn rol in de publieke ruimte uit te leggen maar ook 2) de ernst van zijn overtreding kan worden vastgesteld.¹⁶⁵ Beide aspecten van aanspreekbaarheid zal ik hieronder uitleggen. Ik ga eerst in op 1), in de volgende paragraaf op 2).

218. Hiervóór heb ik aangegeven dat het spelen van een rol in de publieke ruimte een rol is die niet losstaat van de culturele achtergrond die richting geeft aan mijn handelen. De rol is onlosmakelijk verbonden met mijn identiteit.¹⁶⁶ Tevens is het spelen van die rol, het handelen in de publieke ruimte, een noodzakelijke voorwaarde om de vrijheid tot het vormen en ontwikkelen van die identiteit gestalte te geven. Positieve vrijheid stelt ons in staat ook daadwerkelijk die rol met anderen te spelen. Het kunnen spelen van die rol betekent echter ook het kunnen openbaren van die rol, het kwetsbaar opstellen en het kunnen krijgen van kritiek. Dat zien we bijvoorbeeld in het strafrecht gebeuren. Wanneer men verdachte wordt van het plegen van een strafbaar feit, komt men – zeker wanneer sprake is van een ernstig strafbaar feit – voor de rechter. In een openbaar onderzoek ter terechtzitting (artikel 269 lid 1 Sv) neemt de verdachte deel aan de behandeling van zijn strafzaak die door het Openbaar Ministerie via een dagvaarding (artikel 258 lid 1 Sv) bij de rechter is aangebracht. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting wordt de verdachte gemaand opletten te zijn (artikel 273 lid 2 Sv), wat in geval van een niet-Nederlandse sprekende verdachte wordt geprobeerd mogelijk te maken met behulp van een beëdigde tolk (artikel 275 lid 1 en lid 3 Sv).¹⁶⁷ Dat

¹⁶⁴ Zie nr. 195 in dit hoofdstuk.

¹⁶⁵ Zie Duff et.al. 2006, p. 4.

¹⁶⁶ Zie Ter Heide 1965, p. 53–58.

¹⁶⁷ Over het belang van tolken zie Wiersinga 2002, p. 85–93, 284–291. Zij hebben niet alleen tot taak de verdachte opletten te laten zijn, maar in het algemeen tot taak het proces tegen verdachte een eerlijk proces te laten zijn op grond van art. 6 EVRM. Zie over de tolk en art. 6 EVRM o.a. Van Dijk 1995.

alles is nodig om de verdachte ervan te laten doordringen dat het proces niet over zijn hoofd heen, maar *met* hem wordt gevoerd en hij niet zozeer object van onderzoek is, maar deelnemer is aan zijn eigen proces.¹⁶⁸ Dat wordt nog eens duidelijk doordat aan de verdachte gedurende het gehele onderzoek ter terechtzitting vragen kunnen worden gesteld (artikel 286 lid 4 Sv) waardoor hij bij de les wordt gehouden, maar ook blijvend participeert in zijn strafzaak.

De kwetsbaarheid van de verdachte tijdens het onderzoek ter terechtzitting komt in ieder geval tot uitdrukking in zijn ondervraging (artikel 286 lid 1 en 2 Sv). Die ondervraging kan onder andere worden gebruikt om de achtergronden van het de verdachte ten laste gelegde feit in kaart te brengen. Deze achtergronden kunnen van belang zijn voor de behandeling van een beroep op een strafuitsluitingsgrond.¹⁶⁹ Dat draagt eraan bij dat de ondervraging veel verder kan gaan dan de enkele poging het ten laste gelegde feit te kunnen bewijzen met behulp van de verklaring van de verdachte (dat een bewijsmiddel is volgens artikel 341 lid 1 Sv). Natuurlijk is het doel van de ondervraging op het verkrijgen van bewijs gericht, maar niet uitsluitend. De bewezenverklaring die mede op basis van de verklaring van de verdachte kan worden opgesteld, is een omschrijving van een handeling op een bepaald moment. Die omschrijving is statisch: er wordt met behulp van de bestanddelen van de overtreden strafbepaling een situatie in juridische termen uitgelegd. Het is die situatie die het uitgangspunt vormt voor een eventuele bestraffing. Maar die situatie is niet voldoende. Om tot een definitief oordeel over de op te leggen straf te komen wordt de situatie geplaatst in een context, namelijk de context van de handeling maar ook in de rol die de verdachte ten tijde van het delict speelde. Het betrekken van die rol, dus het plaatsen van de handeling bij een bepaalde persoon met een bepaalde achtergrond (met andere woorden het individualiseren van de handeling), draagt eraan bij dat de vraag of de handeling wederrechtelijk is een vraag is waarin de verdachte een bijdrage kan leveren aan de interpretatie van de geschonden norm.¹⁷⁰ Het betrekken van die rol blijkt bijvoorbeeld in de Zevenaarse zaak waar het Arnhemse gerechtshof de bloedwraak heeft meegewogen in de beoordeling van de aanwezigheid van noodweer.¹⁷¹ De rol die de verdachte als gevolg van die bloedwraak speelde, droeg eraan bij dat, in combinatie met de omstandigheden op de dag van de schietpartij, het hof kon aannemen dat de verdachte zich gerechtvaardigd heeft verdedigd.

219. Het betrekken van de rol van verdachte in de bepaling van de wederrechtelijkheid betekent het betrekken van het verhaal van de verdachte. Dat verhaal heeft betrekking op de inhoud van de rechtsnorm. Met zijn verhaal wordt de verdachte in staat gesteld zijn visie op de door hem geschonden rechtsnorm te geven. Het is de taak van een rechter om dat verhaal serieus te nemen, zodanig dat de verdachte zich bij eventuele veroordeling toch kan identificeren met de inhoud van de rechtsnorm. Pas dan kan namelijk worden volgehouden dat de rechtsnorm niet alleen een bevel inhoudt, maar ook een normatieve component heeft.¹⁷² Tijdens de strafzaak moet de verdachte de mogelijkheid hebben de op het eerste gezicht algemeen aanvaarde interpretatie van de handeling als strafbaar feit en de ter discussie staande rechtsnorm te be-

¹⁶⁸ Zie Enschedé/Bosch 2005, p. 69-70.

¹⁶⁹ Zie Corstens 2005, p. 568.

¹⁷⁰ Zie ook Peters 1966, p. 68.

¹⁷¹ Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4024, Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4029.

¹⁷² Zie Hildebrandt 2006, p. 24. Zie hierover nr. 198 in dit hoofdstuk.

twisten. Een strafzaak is, zoals Hildebrandt aangeeft, daarmee democratie op het niveau van een individuele casus. Op dat niveau wordt de betekenis van de ter discussie staande rechtsnorm bekeken en afgewogen in het licht van vergelijkbare zaken uit het verleden maar ook voortuitlopend op toekomstige zaken. Dat laatste is nodig vanwege de precedente werking en de eventuele nadelige gevolgen die een bepaalde uitspraak met zich kan brengen in de handhaving van de rechtsnorm. In een complexe samenleving vormt een rechterlijke uitspraak een 'onmisbaar' element in de noodzakelijke democratische legitimatie van strafrechtsnormen.¹⁷³

220. Het debat over de interpretatie van de rechtsnorm en de ter discussie staande handeling vindt weliswaar plaats met een verdachte, maar deze verdachte is een *burger*. Burgerschap betekent in dit verband de ruimte om je verhaal te doen, om aangesproken te worden door de rechter op de betekenis van het eigen handelen en de daarachterliggende norm en de door jou aangehangen interpretatie van de rechtsnorm. Aangesproken worden betekent dat met de verdachte kan worden gecommuniceerd. Die communicatie is alleen mogelijk wanneer men hem als gelijkwaardig aan ieder ander ziet. Hij is, in termen van Duff, 'één van ons'.¹⁷⁴ Communiceren is met andere woorden een wederkerig proces. Die wederkerigheid betekent dat de rechter zich moet openstellen voor het verhaal van de verdachte, maar tegelijkertijd ook dat de verdachte zich zo moet opstellen dat hij 'ter verantwoording kan worden geroepen'.¹⁷⁵ Op dat laatste kom ik nog terug. De vraag is of de verdachte ook als een gelijke in het strafproces kan optreden. Volgens Hildebrandt is dat een aspect van burgerschap, dat kenmerkend is voor een rechtssysteem waarin betwisting van de inhoud van rechtsnormen mogelijk is.¹⁷⁶ Maar daarmee is gelijkheid op zichzelf nog niet gegarandeerd en staat zij ook door de aard van het strafproces onder druk.¹⁷⁷ Dat geldt niet in de laatste plaats voor allochtone verdachten die door onder andere taalachterstand vaak geen mogelijkheid zien om te kunnen communiceren en het eigen verhaal voor het voetlicht kunnen brengen.¹⁷⁸ Zou uit die achterstand dan moeten volgen dat het gebrekkige verhaal dat wordt verteld dan onbekritiseerd moet worden overgenomen? Dat lijkt te volgen uit de opvattingen van onder andere Parekh die meent dat het gebrekkige verhaal kan worden verklaard door de kwetsbare positie die allochtonen innemen.¹⁷⁹ Die positie kan hen niet worden verweten en daarom dient hun verhaal gehoord en zelfs omarmd te worden, ook al zou kritiek hierop mogelijk kunnen zijn.

Mijns inziens is het weinig overtuigend het verhaal van de allochtone verdachte zonder discussie over te nemen. De grondslag hiervoor lijkt te zijn dat allochtonen 'zielig' zijn en hun verhaal juist daarom door de rechter moet worden overgenomen. Dat is niet alleen onjuist, maar zelfs onfatsoenlijk. Immers, lang niet iedere allochtoon bevindt zich in een kwetsbare positie. Zielig zijn kan zelfs als een belediging worden opgevat. De gedachte dat allochtonen altijd kwetsbaar zijn, kan leiden tot conformiteit naar dit idee, met alle nadelen van dien.¹⁸⁰ Ook een allochtone verdachte moet dus, eventueel met behulp van een tolk, zijn verhaal kunnen vertellen en aangesproken

¹⁷³ Hildebrandt 2006, p. 26.

¹⁷⁴ Duff 2001, p. 77.

¹⁷⁵ Zie Hildebrandt 2006, p. 31.

¹⁷⁶ Hildebrandt 2006, p. 29.

¹⁷⁷ Zie hoofdstuk 3, nr. 154, noot 182.

¹⁷⁸ Zie o.a. W. van Rossum 1998, Siesling 2006.

¹⁷⁹ Parekh 1995, p. 433. Zie ook Bauböck 1996, p. 214.

¹⁸⁰ Zie R. Koopmans 2003.

kunnen worden op zijn gedrag. Dat zal wellicht praktisch niet altijd erg eenvoudig zijn, het gebruik van tolken brengt weleens problemen met zich,¹⁸¹ maar volgt wel uit diens positie van burger. Een burger heeft niet alleen rechten, maar ook plichten, waaronder het kunnen worden aangesproken op zijn gedrag.

4.3.5 Conclusie

221. Wederrechtelijkheid van bepaald gedrag wordt bepaald op basis van de inhoud van de rechtsnorm die door het gedrag is overtreden, maar ook met inachtneming van de rol die het subject in een samenleving speelt. Beide onderdelen van de wederrechtelijkheid heb ik in deze paragraaf uitgewerkt. De rechtsnorm heeft mijns inziens tenminste twee lagen, namelijk een morele en een ethische laag. De morele laag vormt de kern van het strafbare feit. Die kern verwijst naar de universele grondslag van het strafbare feit, die vanwege het leedtoevoegende karakter van een strafbepaling aan de basis van elke strafbepaling zou moeten liggen. De ethische laag vormt een rond die kern gelegen schil. De concrete uitwerking van een rechtsnorm levert namelijk geen universele rechtsnorm op, maar een rechtsnorm die in een bepaalde rechtsgemeenschap wordt aanvaard en uitdrukking is van de culturele inbedding van het recht in een bepaalde samenleving. Die rechtsgemeenschap correspondeert niet per se met een uniforme cultuurgemeenschap.¹⁸² Een rechtsgemeenschap is, zeker als gevolg van aanhoudende immigratie, een multiculturele samenleving geworden waarin verschillende culturele opvattingen bestaan en dus ook verschillende interpretaties van de op zichzelf algemeen aanvaarde morele norm. Ik heb aangegeven dat, binnen de grenzen van de morele rechtsnorm, de ethische schil van de rechtsnorm kan worden bijgesteld als gevolg van de groeiende culturele diversiteit in de samenleving. Zoals ik zal aangeven heeft de rechter hierin een belangrijke rol.

Het inachtnemen van de rol van de verdachte gaat gepaard met een aantal uitgangspunten. Diens rol verwijst naar diens positie in het publieke, bijvoorbeeld een strafzaak. Om te kunnen stellen dat in die publieke sfeer rekening kan worden gehouden met de cultureel beïnvloede rol van de verdachte, maar ook om de grenzen te stellen die aan het meewegen van die rol verbonden zijn (grenzen die bijvoorbeeld door Vermunt niet worden gegeven), werden een aantal vragen beantwoord. Allereerst moet worden erkend dat het handelen in de publieke sfeer plaatsvindt vanuit een bepaalde positie die niet losstaat van iemands culturele achtergrond, maar daarmee onlosmakelijk verbonden is. Vervolgens moet ervan worden uitgegaan dat de mens vrijheid heeft om naar eigen inzichten te handelen en die vrijheid door de staat wordt beschermd door middel van vrijheidsrechten, zoals de godsdienstvrijheid en privacyvrijheid. Tegelijkertijd betekent het hebben van die vrijheid, negatieve vrijheid genoemd, ook dat de mens als burger in de publieke ruimte in staat is om over de inhoud van die vrijheden te discussiëren. Dat vloeit voort uit de legitimiteitseis van normen die democratische besluitvorming noodzakelijk maakt. Deze positieve vrijheid stelt de burger niet alleen in staat om over de inhoud van rechtsnormen te twisten en de omvang van de vrijheid in concrete situaties vast te stellen.

Positieve vrijheid, de vrijheid om samen met anderen de inhoud van rechtsnormen in debat te kunnen vaststellen, veronderstelt namelijk ook dat men aangesproken kan

¹⁸¹ Zie over de praktische problematiek rond het gebruik van tolken bijv. Blekxtoon 2002, Yeşilgöz 1996.

¹⁸² Dit in tegenstelling wat bijv. Machielse en Schaffmeister (1992, p. 36-37) en Nieboer (1991, p. 205) beweren. Zie voor mijn stelling ook Goppel 1973, p. 484.

worden op de keuzes die men maakt en de achtergronden van die keuzes. Positieve vrijheid betekent dan ook kwetsbaarheid. Die kwetsbaarheid vraagt om aanspreekbaarheid; de burger moet door de ander, bijvoorbeeld de rechter, worden benaderd. Met hem moet worden gecommuniceerd. Die communicatie, die in het strafprocesrecht is ingebouwd, moet ertoe leiden dat de burger zijn verhaal kan doen. Hij moet inzage kunnen geven in de achtergronden van zijn gedrag, de rol die hij met andere woorden speelde. Inzage in die rol heeft niet alleen een strafvorderlijke dimensie, dus de garantie van een processtelsel waarin een verdachte als burger ook kan worden aangesproken en eventuele hulp wordt geboden als de communicatie niet vanzelfsprekend (bijvoorbeeld door taalverschillen) verloopt. Inzage in de rol heeft ook een strafrechtelijke dimensie, nu het verhaal van de verdachte bijdraagt aan de omschrijving van de rechtsnorm, door ofwel ruimte te bieden voor een herinterpretatie van die norm ofwel een herbevestiging van de inhoud van die norm.¹⁸³ De vraag is nu hoe die rol in concreto kan worden meegewogen bij de bepaling van wederrechtelijkheid. Is daarvoor een rol als lid van een gemeenschap nodig of houdt het spelen van een rol meer in?

4.4 Vrijheid en wederrechtelijkheid

4.4.1 *Inleiding*

222. In deze laatste paragraaf wil ik nog twee vragen beantwoorden. In de eerste plaats is het gewenst nader in te gaan op de rol in het wederrechtelijkheidsoordeel. Hiervoor heb ik aangegeven dat het strafproces mede is bedoeld om iemand ter verantwoording te roepen. Hoe roepen we een pleger van culturele delicten ter verantwoording en welke mogelijkheden bestaan in het ter verantwoording roepen grenzen te stellen aan de mate waarin met cultuur rekening kan worden gehouden in het wederrechtelijkheidsoordeel? In de tweede plaats is de vraag wie over de betekenis van wederrechtelijkheid beslist: de wetgever of ook de rechter?

4.4.2 *De rol en het wederrechtelijkheidsoordeel*

223. Het respecteren van culturele verschillen en de zoektocht naar grenzen vindt plaats door in een publieke discussie de betekenis van (rechts)normen te concretiseren. Deze discussie begint niet vanuit het luchtledige, maar vanuit de bestaande systematiek van het strafrechtelijke stelsel. Dat de discussie vanuit een gegeven systematiek plaatsvindt, vinden we bijvoorbeeld bij de Brits-Indische filosoof Parekh. Hij gaat ervan uit dat een samenleving de plicht heeft 'haar stem te verheffen tegen moreel onaanvaardbare praktijken en de integriteit van de eigen morele cultuur te bewaken'.¹⁸⁴ Volgens Parekh kan dat alleen in een dialoog tussen burgers die bereid zijn te zoeken naar een 'dialogische consensus' waarin 'diepe morele en ethische onenigheden' kunnen worden opgelost. De oplossing die hij zoekt, vindt hij niet in het vooraf stellen van inhoudelijke grenzen. Zo is hij bijvoorbeeld van mening dat het schadebeginsel, dat door diverse auteurs als ondergrens wordt gehanteerd,¹⁸⁵ te cultureel bepaald is om te kunnen dienen als middel om die diepe morele en ethische onenigheden op te lossen. De

¹⁸³ Zie Hildebrandt 2006, p. 30-31.

¹⁸⁴ ...'to raise its voice against morally outrageous practices and to safeguard the integrity of its own moral culture' (Parekh 2000, p. 264).

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Smith 1995, Li 1996, Renteln 2004.

discussie zou dan teveel gaan over de inhoud van het schadebeginsel in plaats van de onenigheden.¹⁸⁶

Vertaald naar het strafrecht moet dan worden opgepast wederrechtelijkheid te koppelen aan een statische interpretatie van rechtsgoederen die als buiten het menselijk handelen gelegen fundamentele van samenleven worden gedefinieerd.¹⁸⁷ Rechtsgoederen verwijzen naar normen die in het handelen van subjecten zijn gelegen en veranderen met een veranderende interpretatie van die normen. Vermunt stelt dan ook dat rechtsgoederen pas beschermingswaardig zijn als zij in overeenstemming zijn met de primaire waarden van de democratische rechtsstaat.¹⁸⁸ Deze komen tot stand in een sociaal 'interactieproces van de daarbij betrokken individuen, groepen en instanties, d.i., vanuit de ogen van het recht gezien, de rechtssubjecten.' Voor het strafrecht relevante rechtsgoederen liggen niet buiten het handelen maar verdienen bescherming 'wanneer zij "zaken" betreft die de condities voor de activiteit van het "samenleven" kunnen worden opgevat.'¹⁸⁹ De waarden waar Vermunt op doelt zijn waarden die te maken hebben met het in stand houden van de democratische rechtsstaat. De dialoog over de inhoud van wederrechtelijkheid is daarmee een open dialoog, want niet gebaseerd op rechtsgoederen met een onveranderlijke betekenis, maar ook een dialoog die begint vanuit het besef dat het resultaat van de dialoog de democratische rechtsstaat zelf niet mag ondermijnen.

224. De dialoog is een concrete dialoog. Zij begint vanuit en is geconcentreerd rond heersende opvattingen over normen die de vocabulaire en structuur van en de context geven aan het debat en dus ook de richting bepaalt waarin het debat moet opgaan, alsmede de bandbreedtes waarbinnen een uitkomst mogelijk is.¹⁹⁰ Die bandbreedtes komen voort uit de geschreven tekst van de strafwet. Begrippen kunnen daarin enkel zover worden opgerekt, dat zij nog binnen de reikwijdte van een 'familiegeschiedenis' vallen. Interpretaties van de rechtsnorm zijn dan tot zover aanvaardbaar als zij een gelijkenis met de bestaande tekst behouden.¹⁹¹ De heersende opvattingen die het debat sturen bestaan op drie niveaus, het niveau van de consitutie 'waarin het juridische en morele grondplan van de politieke gemeenschap zijn neergelegd, inclusief de fundamentele rechten en soms plichten van zijn burgers',¹⁹² het niveau van het positieve recht, waarin rechten en plichten zijn uitgewerkt en in het strafrecht door sanctionering worden afgedwongen en tenslotte het stelsel van sociale normen die het handelen tussen subjecten reguleren maar niet door het recht gepositieerd zijn. Die normen vormen geen coherent geheel en veranderen indien in het samenhandelen nieuwe normen worden gesteld. Desalniettemin vormt dit stelsel 'een complex en los aan elkaar verbonden geheel en geven zij een gestructureerde maar veranderlijke vocabulaire voor het publieke debat.'¹⁹³ Zij vormen het startpunt van het debat over de toelaat-

¹⁸⁶ Zie Parekh 2000, p. 266-267.

¹⁸⁷ Vermunt 1984b, p. 140.

¹⁸⁸ Zie over primaire waarden hoofdstuk 3, nr. 180.

¹⁸⁹ Vermunt 1984b, p. 140.

¹⁹⁰ Parekh 1996, p. 259, Parekh 2000, p. 267.

¹⁹¹ Zie Hildebrandt 2002, p. 84 die hierin duidelijk door o.a. Wittgenstein is geïnspireerd.

¹⁹² ...'which lay down the basic legal and moral design of the polity including the fundamental rights and sometimes obligations of its citizens' (Parekh 2000, p. 268).

¹⁹³ ...'a complex and loosely-knit whole and provide a structured but malleable vocabulary of public discourse' (Parekh 2000, p. 269). Parekh noemt ze 'operatieve publieke waarden', dat wil zeggen algemeen aanvaarde uitgangspunten voor het handelen, die worden belichaamd door het gestelde recht en sociale normen en praktische idealen op basis waarvan keuzes in het dagelijks leven kun-

baarheid van bijvoorbeeld culturele delicten. Daaruit volgt ook dat de inhoud van het debat niet enkel is geconcentreerd rond de rechtsnorm zelf, maar een bredere discussie inhoudt waarin bijvoorbeeld ook de in de constitutie neergelegde mensenrechten (die op zichzelf weer verwijzen naar in internationale mensenrechtenverdragen gelegen normen) worden betrokken bij de vraag naar de toelaatbaarheid van culturele delicten.¹⁹⁴ Het debat over wederrechtelijkheid is een bifocaal debat. Om Parekh te citeren:

'By its very nature the dialogue cannot centre on the merits and demerits of the minority practice alone, for the practice would not have been a subject of dispute if the wider society had not disapproved of it on the basis of its operative public values. The dialogue is therefore bifocal, centring both on the minority practice and society's operative public values, both on the minority's and the wider society's way of life.'¹⁹⁵

Dat het debat gericht is op de inhoud van de rechtsnorm en de rol die de verdachte speelt, verplicht aan de ene kant de rechter om alle onderwerpen, die kunnen bijdragen aan de beantwoording van de vraag of de gedraging wederrechtelijk is, aan de orde te brengen, maar verplicht hem aan de andere kant de discussie vanuit het geldend recht te laten vertrekken.¹⁹⁶ Dat wil echter niet zeggen dat het geldend recht een gesloten stelsel is, dat met een vaste set waarden en normen kan bepalen of het gedrag aanvaardbaar is. Het debat moet iedereen uitdagen om zo goed mogelijk te beargumenteren waarom de norm moet blijven zoals ze is of waarom de inhoud ervan moet worden bijgesteld. Om dat debat zo goed mogelijk te kunnen voeren moet zoveel mogelijk ruimte worden geboden voor ieders opvattingen.¹⁹⁷ Hoewel dit er wellicht toe kan leiden dat veel praktijken onaanvaardbaar zullen zijn, stimuleert het een grondige discussie waarbij van allochtonen een actieve houding en zelfreflectie wordt verwacht. Dat geldt niet alleen voor allochtonen maar voor iedereen. Zo zal de rechter moeten nagaan in hoeverre een praktijk gelijkenissen vertoont met bestaande, geaccepteerde praktijken, en waarom die praktijken wel worden toegestaan en de ter discussie staande niet. In dit verband kan worden gedacht aan de toelaatbaarheid van de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis, de incisie, die op grond van artikel 300 lid 1 Sr verboden is, terwijl jongensbesnijdenis is toegestaan en tot voor kort zelfs door het ziekenfonds werd vergoed. Er zal moeten worden nagegaan wat het verschil is tussen beide vormen van besnijdenis, of de incisie inderdaad problematischer is dan jongensbesnijdenis en om welke redenen, wat de betekenis is van beide praktijken, enzovoorts.¹⁹⁸ Daardoor worden meerderheid en minderheid gedwongen de inconsistenties

nen worden gemaakt.

¹⁹⁴ Over het belang van mensenrechten bij de beoordeling van culturele delicten zie Fischer 1998. Probleem met Fischers opvatting is dat hij mensenrechten te statisch opvat en daardoor bijvoorbeeld onvoldoende inzicht geeft in situaties waarin sprake is van een botsing van grondrechten. Zie over de problemen van het onproblematiserend gebruik van mensenrechten o.a. Galenkamp 2001, p. 384-387.

¹⁹⁵ Parekh 2000, p. 270-271.

¹⁹⁶ Parekh (2000, p. 270) spreekt hier van een 'morele onderwerping'. Die onderwerping aan het geldend recht doet denken aan 'politieke assimilatie' waar ik in hoofdstuk 3 op wees (nrs. 163-164). Zij is nodig om in debat te kunnen treden en de zwakten van de operationele publieke waarden te kunnen aangeven waarna het geldend recht kan worden geherinterpreteerd. Zie Habermas 1998, p. 224-225, Bohman 1995, p. 267.

¹⁹⁷ Zie Waldron 2000, p. 163.

¹⁹⁸ Zie Parekh 2000, p. 273-282. Ook Foblets (1992, p. 114-116) breekt een lans voor meer discussie, maar specificeert de inhoud niet, hetgeen haar op felle kritiek is komen te staan van Willekens

in de eigen normen onder ogen te zien, hetgeen tot een debat in eigen geledingen moet leiden. En dat debat kan leiden tot aanpassing van het geldend recht.

Daarbij moet worden vooropgesteld dat die aanpassingen pas plaatsvinden na herbezinning op het eigen handelen. Die herbezinning geldt zowel voor allochtonen, maar ook voor het strafrecht. Herbezinning moet in het strafrecht ingebed zijn in het strafproces, vanwege de diepe inbreuk die het strafrecht op het leven van burgers kan maken. De strafrechter en andere participanten in de strafvordering zullen zich altijd bewust moeten zijn van de consequenties van hun handelen en de schade die dat aan mensen teweeg kan brengen. Die bewustheid moet niet leiden tot het te gemakkelijk aanpassen van strafrechtelijke normen, maar wel tot het bieden van ruimte voor debat aan hen die met de consequenties van strafrechtelijk optreden kunnen worden geconfronteerd.¹⁹⁹

225. Het debat dient ook in het strafrecht te kunnen worden gevoerd. Over de plaats van dit debat, op wetgevingsniveau of praktijkniveau, kom ik hieronder nog terug. Het debat vormt de uitwerking van positieve vrijheid en maakt de concretisering van de grenzen mogelijk. Positieve vrijheid betekent immers meer dan het enkel kunnen deelnemen aan het publieke debat. Hierboven is al aangegeven dat communicatie in het debat niet alleen tot doel heeft bijvoorbeeld allochtone justitiabelen inzicht te laten geven in hun rol in de samenleving, maar communicatie veronderstelt ook verantwoordelijkheid, dat wil zeggen dat iemand kan worden aangesproken op het door hem gepleegde feit. Die aanspreekbaarheid vormt de aanzet tot aansprakelijkheid, ofte wel strafbaarheid voor het gepleegde feit.

Aanspreekbaarheid betekent dat de burger door de rechter aangesproken kan worden op zijn gedrag. De rechter kan de burger aanwijzen als de pleger van het strafbare feit en bij die aanwijzing met hem communiceren dat hij als pleger onrechtmatig heeft gehandeld.²⁰⁰ Het woord communiceren is hier bewust gekozen, omdat de aanspreekbaarheid geen eenzijdige handeling is,²⁰¹ maar een tweezijdige. Het Openbaar Ministerie spreekt door middel van een dagvaarding en de daarin opgenomen tenlastelegging de verdachte aan. Het aanspreken is in de vorm van een beschuldiging. Het aanspreken geschiedt ook letterlijk wanneer de officier van justitie de zaak voordraagt (artikel 284 lid 1 Sv). Het voordragen behelst het openen van de communicatie met de verdachte door de afgebakende inhoud van het debat mede te delen. Daarna ontstaat door

(1992). Haar pleidooi komt dermate cultuurrelativistisch over dat de kans dat ook de zwaarste vormen van meisjesbesnijdenis acceptabel zouden kunnen zijn. Hoewel ook hier geldt dat debat daarover wenselijk is, lijkt mij de inbreuk dermate groot dat aanpassing van de rechtsnorm waardoor deze vormen van meisjesbesnijdenis toelaatbaar zouden worden in strijd is met de morele norm die aan mishandeling ten grondslag ligt.

¹⁹⁹ Zie Foqué 2005, p. 1126, Roberts 2006, p. 40-47. Het gemakkelijk aanpassen van rechtsnormen zou o.a. kunnen worden verklaard door de angst voor onrust wanneer de norm niet wordt aangepast. Die angst voor onrust, zelfs instabiliteit, geldt vooral voor samenlevingen die te maken hebben met grote minderheids-groepen. Het gevolg, een 'multiculturalisme van angst' (Levy 2000), betekent al snel het opgeven van bepaalde waarden die tot de fundamenteën van de rechtsstaat zelf horen. Mijns inziens dient reflectie juist niet tot het opgeven van die waarden, maar tot een herwaardering ervan met in achtneming van de culturele diversiteit van de samenleving. Zie over Levy's multiculturalisme van angst Shachar 2001b.

²⁰⁰ Zie Duff 2001, p. 180.

²⁰¹ Zou er sprake zijn van een eenzijdige handeling dan is een strafzaak en het daarin uiteindelijk opleggen van een straf niet meer dan de expressie van het overtreden van een vaststaande norm (cfm. Feinberg 1970). Daarvan is dus geen sprake. De rechtsnorm is wellicht overtreden, maar de definitieve beslissing daarover wordt pas na een discussie met de verdachte vastgesteld. Zie o.a. DeGreiff 2000.

het verhoor van de verdachte een debat dat zich voortzet bij het verhoor van getuigen en deskundigen. Dat debat is beperkt. Het heeft alleen betrekking tot het ten laste gelegde en al wat daarmee verband houdt maar is ook beperkt door de strakke regie die de voorzitter veelal hanteert en die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de vermaning (artikel 273 lid 2 Sv). Zoals gezegd is die vermaning oplettend te zijn bedoeld om de verdachte bij de les te houden, maar ook om hem ervan te weerhouden de zitting te gebruiken als podium voor meer zaken dan alleen hetgeen hem ten laste is gelegd.²⁰² Hoezeer de communicatie hierdoor wordt beperkt, het onderzoek ter terechtzitting is – hoe primitief soms ook – een debat waarin de verdachte (en diens raadsman) in staat wordt gesteld (maar vanwege zijn zwijgrecht (artikel 273 lid 2 Sv) niet verplicht is) deel te nemen aan een discussie over de juistheid van de door de officier van justitie bij de rechter aangebrachte beschuldiging.²⁰³

Het debat staat zoals hiervoor ook al is aangegeven niet op zichzelf, maar heeft tot doel na te gaan in hoeverre het de verdachte ten laste gelegde feit door hem is gepleegd en, wanneer de wederrechtelijkheid ter discussie staat, in hoeverre het bewezenverklarde feit een strafbaar feit is.²⁰⁴ De vraag is dan uiteindelijk of *deze* verdachte onder de gegeven omstandigheden wederrechtelijk heeft gehandeld. Bij het aanspreken op het plegen van bepaald gedrag gaat het weliswaar om het gedrag en om de vraag of dat gedrag rechtmatig was, maar dat gedrag wordt gezien met in achtneming van de persoon van de verdachte. Het gedrag wordt dus mede vanuit de rol van de verdachte gezien. Die rol is, zoals bijvoorbeeld door Duff wordt omschreven, de rol van burger in een samenleving.²⁰⁵ Een burger heeft niet alleen de mogelijkheid om in het publieke debat zijn verhaal te vertellen, een burger heeft ook een zekere verantwoordelijkheid wanneer hij in de publieke ruimte handelt.²⁰⁶ Wanneer de burger wordt aangesproken, betekent dat niet alleen dat de burger de mogelijkheid heeft in debat te gaan, maar aanspreekbaarheid betekent ook de mogelijkheid tot aansprakelijkheidsstelling. Mijns inziens biedt deze mogelijkheid inzicht in de argumenten welk cultureel delict wel en niet wederrechtelijk is.

226. In hoofdstuk 3 heb ik al gewezen op het concept burgerschap en daarin gekozen voor de neorepublikeinse variant. In hoofdstuk 3 is die variant vrij sumier uitgelegd. Het is zaak die burgerschapsconceptie nu verder uit te werken.²⁰⁷ Burgerschap in een multiculturele samenleving is ook buiten het strafrecht een belangrijk thema. In verschillende integratienota's uit de jaren negentig van de twintigste eeuw is het belang van burgerschap benadrukt. Die nadruk komt voort uit de belangstelling daarvoor in het wetenschappelijk debat, dat zich als gevolg van afkalvende belangstelling voor de

²⁰² In het verleden werd het onderzoek ter terechtzitting weleens gebruikt door plegers van politieke delicten, dat wil zeggen strafbare feiten met een politieke boodschap. Zij gebruikten de zitting nogal eens om hun politieke standpunten nader uiteen te zetten. De voorzitter (die de leiding heeft over het onderzoek ter terechtzitting en voor een rustig verloopend onderzoek daartoe de nodige bevelen kan geven (artikel 272 lid 1 Sv)) kan verdachten vermanen en zelfs verwijderen indien hij de orde verstoort (artikel 273 lid 3 Sv). Zie over politieke delinquenten in het strafproces o.a. Korvinus 1983.

²⁰³ Zie over het zwijgrecht Duff et.al. 2006, p. 5-6. ...'although defendants are *called* to account, they are not *required* (on pain of further punishment) to give an account of themselves, and that this reflects a concern to protect defendants and their freedom of conscience against the state's potentially oppressive power.'

²⁰⁴ Cfm. de tweede vraag van art. 350 Sv. Zie hierover Hoofdstuk 2, nr. 59.

²⁰⁵ Duff 2001, p. 181.

²⁰⁶ Zie Waldron 2000, p. 155-156.

²⁰⁷ Hoofdstuk 3, nrs. 150-151.

publieke zaak de vraag stelde welke rol een burger in een (post-)moderne samenleving heeft te spelen.²⁰⁸ In Nederland hadden de bevindingen van het rapport *Eigentijds burgerschap* dat onder leiding van Van Gunsteren tot stand kwam belangrijke invloed.²⁰⁹ Daarin wordt het neo-republikeinse burgerschapsideaal uiteengezet. Kenmerkend voor dit burgerschapsideaal is zoals gezegd het organiseren van pluraliteit. Onder verwijzing naar Arendt stelt Van Gunsteren dat het publieke leven gekenmerkt wordt door pluraliteit. Een democratische rechtsstaat waarin vrijheid wordt gepromoot zal eveneens te maken krijgen met pluraliteit omdat vrijheid pluraliteit 'genereert'. Dus: 'Als je vrijheid wilt, moet je pluraliteit accepteren'.²¹⁰ Een democratische rechtsstaat komt niet onder pluraliteit uit, dus moet ze zich ermee verzoenen. Dat geldt ook voor die pluraliteit die als gevolg van immigratie ontstaat. Deze gedachten zijn in verschillende integratienota's overgenomen en daarmee officieel overheidsbeleid geworden.²¹¹

In 1998 werd in de nota *Kansen pakken, kansen krijgen* aangegeven dat burgerschap het 'kernbegrip' van het integratiebeleid is.²¹² Ook in latere integratienota's wordt sterk nadruk gelegd op burgerschap. Het wordt omschreven als 'actief burgerschap' waarmee bedoeld wordt op het 'als autonoom persoon deel te hebben en deel te nemen aan de Nederlandse samenleving'.²¹³ Dat betekent het hebben van een volwaardige, gelijke rechtspositie, die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in actief en passief kiesrecht. Actief burgerschap heeft ook een sociale betekenis. Burgerschap betekent betrokkenheid op elkaar, in buurt of wijk, op voet van gelijkheid. Uit welk waardesysteem zij hun burgerschap vormgeven doet daarbij niet terzake, zij het dat de waarden van de democratische rechtsstaat de 'ruggengraat' van de samenleving vormt.²¹⁴ Hier wordt geopteerd voor een veelzijdige burger wiens handelen in de publieke ruimte kan plaatsvinden op basis van een bepaald referentiekader maar waarin de burger niet in dat referentiekader wordt opgesloten, waarmee de diversiteit van posities die burgers kunnen innemen wordt erkend, maar waarin de burger ook ervan bewust wordt dat zijn handelen is ingebed in het kader van de democratische rechtsstaat en de daarbijhorende waarden.²¹⁵

227. Ten aanzien van burgerschap in een multiculturele samenleving wijst Van Gunsteren erop dat burgers pluraliteit definiëren. Pluraliteit komt hen niet aanwaaien, maar wordt door hen gevormd en vormgegeven. Het gevolg daarvan is dat burgers ook zelf 'verantwoordelijk' zijn in het sturen van deze constructie van pluraliteit 'naar een uitkomst die – in plaats van ze te ontkennen of te onderdrukken – de werkelijke verschillen tussen burgers bevestigt' en vervolgens 'de identiteiten van alle deelnemers weer

²⁰⁸ Zie o.a. Kymlicka en Norman 2000, Bauböck 1994.

²⁰⁹ Zie Van Gunsteren e.a. 1992, m.n. p. 11-58.

²¹⁰ 'If you want freedom, you must accept plurality' (Van Gunsteren 1998, p. 35).

²¹¹ Zie over deze ontwikkeling Fermin 1999.

²¹² *Kamerstukken II 1998/99*, 26.333, nr. 2, p. 7.

²¹³ *Kamerstukken II 2001/02*, 28.198, nr. 2, p. 49.

²¹⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26.333, nr. 2, p. 8.

²¹⁵ Ik wil hiermee tevens aangeven dat voorkomen moet worden burgerschap een veel ingeklede betekenis toe te kennen. Daarmee bedoel ik dat burgerschap zijn diversiteit wordt ontnomen en de ontwikkeling van burgerschap gepaard gaat met het bijbrengen van meer dan alleen de basiswaarden van de democratische rechtsstaat, maar ook nadruk wordt gelegd op typisch Nederlandse waarden, zoals acceptatie van het koningshuis, oranje als de nationale kleur, voetbal en schaatsen als nationale sporten en dergelijke. Die ontwikkeling is echter wel gaande, zowel in het onderwijs (zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29.837, nr. 1-2, p. 7) als in het inburgeringsbeleid van allochtonen (zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.308, nr. 3, p. 2).

bevestigt als gelijke burgers.²¹⁶ Met andere woorden, het feit dat burgers verantwoordelijk zijn voor de omschrijving van pluraliteit, geeft hen de plicht die pluraliteit te erkennen en in de publieke ruimte te verzekeren. Burgerschap is hierin niet de uitdrukking van een bepaalde identiteit, bijvoorbeeld de Nederlandse, maar vervult een 'bemiddelende functie' tussen verschillende identiteiten die in een persoon zijn verenigd. Tegelijkertijd vormt burgerschap ook een buffer tegen onacceptabele identiteiten. Van Gunsteren:

'Citizenship is more than a happy-go-lucky enjoyment of one's own freedom to live as one pleases. It also requires respect for limits that allow one's cocitizens to reveal who they are as well. Those limits forbid every form of social death (...) and humiliation, of treating human beings as if they were nonhuman (...) or cocitizens as if they were noncitizens.'²¹⁷

Burgerschap is met andere woorden de rol die iemand in een gemeenschap speelt, maar ook de uitdrukking van een zekere verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid wordt in het strafrecht vertaald als aansprakelijkheid. Daarmee wordt negatieve vrijheid beperkt door haar via bestraffing aan grenzen te binden. Zij worden er hierdoor op gewezen dat zij hun vrijheden op verantwoorde wijze behoren te gebruiken.²¹⁸ De vraag is echter wanneer zij op verantwoorde wijze van hun rechten gebruik hebben gemaakt. Om die vraag bij culturele delicten te beantwoorden is erop gewezen het handelen van verdachte te plaatsen in de rol die hij in zijn groep speelt.²¹⁹ Het effect van een dergelijke uitleg van de rol is dat de betekenis van wederrechtelijkheid volledig afhankelijk wordt van de groep van de verdachte. Waldron geeft aan dat de rol van de verdachte vooral persoonlijk zal worden uitgelegd omdat het zeer moeilijk zal zijn de rol als groepslid uit te leggen. Hoe stellen we immers die rol vast en wie bepaalt dat?²²⁰ De neiging om dan vooral naar het verhaal van de verdachte te luisteren en dit verhaal dan als het verhaal van de groep te zien is in hoofdstuk 3 al bekritiseerd. Waldron stelt dat deze verpersoonlijking, de rol wordt nu niet aan de hand van algemene maatstaven van burgerschap en zelfs niet aan de hand van groepsnormen vastgesteld maar op basis van het verhaal van de verdachte, gepaard kan gaan met een 'air van zelfverzekerdheid' waardoor de justitiabele zo uitgesproken over zichzelf wordt dat elk bevragen van zijn handelen als een inbreuk wordt gezien op zijn vrijheden. De vaststelling van wederrechtelijkheid wordt dan onmogelijk.

Immers, indien de verdachte aangeeft dat hij vindt rechtmatig te hebben gehandeld, is het handelen rechtmatig. Dit is de wijze waarop de zaak tegen bijvoorbeeld El Moumni is gehandeld. Doordat de verdachte aangaf te hebben gehandeld op basis van zijn normen, is vervolgens vastgesteld dat hij niet wederrechtelijk heeft gehandeld. Zoals gezegd is die wederrechtelijkheid vastgesteld door een *indirecte* invloed van religieuze normen op het onrechtbestanddeel 'beledigend': beledigend is pas dat handelen dat in ieder geval niet op religieuze gronden is gestoeld. Ik mis hier een inbedding van de rol van El Moumni in de positie die iemand als *burger* inneemt. Het effect van de wijze waarop het handelen van El Moumni is beoordeeld is wat Waldron een verlamming

²¹⁶ Van Gunsteren 1998, p. 40-41.

²¹⁷ Van Gunsteren 1998, p. 42-43.

²¹⁸ Zie Galenkamp 2006, p. 164.

²¹⁹ Zie nr. 203 in dit hoofdstuk.

²²⁰ Waldron 2000, p. 164.

van de discussie noemt.²²¹ Er is dan geen mogelijkheid om het gedrag in een bredere perspectief te zien, waardoor geen acht is geslagen op de effecten van diens gedraging, maar ook niet op de verschillende aspecten van de rol die El Moumni speelt. Er wordt dan enkel van de veronderstelling uitgegaan dat hij als gelovige handelde en een gelovige alleen maar kan handelen op de wijze zoals hij heeft gedaan. Dat miskent de diversiteit van redenen om te handelen. El Moumni is geestelijke met een verantwoordelijkheid voor een moskee en dus een verantwoordelijkheid voor de naar hem luisterende gelovigen. Ook die rol, als bekleeder van een ambt dat zekere verantwoordelijkheden met zich brengt, had mijns inziens moeten worden meegewogen. Ik kom hier in hoofdstuk 6 op terug.²²²

Het verantwoord handelen verwijst mijns inziens naar betamelijk handelen, waarin sprake is van wederzijds respect voor elkaars rechten, waardoor ‘onschendbaarheid’ van het eigen handelen onmogelijk wordt. Rechtvaardiging van gedrag omdat dat gedrag onderdeel zou zijn van de negatieve vrijheid van burgers vormt hierin slechts de ene helft van het verhaal. Rechtvaardiging van gedrag, ook al is het onderdeel van de private vrijheid, kan alleen dan worden geaccepteerd als zij niet ‘nodeloos kwetsend of grievend is of (...) neerkomt op veronachtzaming van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.’²²³ Dit betekent onder andere dat de integriteit van anderen niet mag worden geschaad. Daarvan is sprake indien de ander niet meer in staat is volwaardig deel te nemen aan de samenleving. Een te assertieve, zelfgenoegzame en individualistisch opererende burger mag niet in staat worden gesteld de wederrechtelijkheid te betwisten op gronden die de interpretatie van rechtsnormen onnodig en onwenselijk bijstelt en de rechtsnorm zelf zodanig verzwakt dat bescherming van de overheid aan individuele burgers onder druk komt te staan.

4.4.3 *De plaats van het wederrechtelijkheidsoordeel*

228. De laatste vraag die in dit hoofdstuk wordt behandeld is wie beslist over wederrechtelijkheid. Deze vraag heeft betrekking op de verhouding wetgever – rechter en de verhouding rechter – verdachte. De verhouding wetgever – rechter heeft betrekking op de vraag naar de ruimte voor de rechter ten aanzien van het interpreteren van de reikwijdte van de rechtsnorm en houdt verband met het vanwege het legaliteitsbeginsel samenhangende verbod van analogie en gebod van rechterlijke terughoudendheid bij interpretatie van bestanddelen van delictsomschrijvingen. Ik meen dat zowel op grond van het legaliteitsbeginsel als op grond van de betekenis van een rechtzaak dat de rechter voldoende mogelijkheden heeft wederrechtelijkheid anders te interpreteren onder invloed van veranderende opvattingen over rechtsnormen. De verhouding rechter – verdachte heeft betrekking op de vraag tot hoever de rechter het verhaal van de verdachte in de communicatie tijdens een strafzaak van invloed laat zijn op de betekenis van de rechtsnorm. Is het verhaal van verdachte het vertrekpunt van zijn analyses, of kan hij objectiveren? Deze vraag zal ik in algemene termen beantwoorden. Ik kom er in hoofdstuk 6 op terug.

229. Het legaliteitsbeginsel (artikel 1 lid 1 Sr) verbiedt de rechter, gelet op het verbod van terugwerkende kracht, een rechtsnorm zodanig interpreteren dat er een nieuwe

²²¹ Waldron 2000, p. 167.

²²² Hoofdstuk 6, nr. 310.

²²³ Zie Galenkamp en Westrik 2004, p. 67.

norm ontstaat.²²⁴ Het ontwikkelen van die nieuwe norm en het veroordelen van de verdachte op basis van die nieuwe norm zou in strijd met het verbod van terugwerkende kracht zijn. De wetgever heeft die beperking niet. Hij is juist in staat bij gewijzigde inzichten de inhoud van een rechtsnorm te veranderen, zolang de inhoud van die norm in overeenstemming blijft met de fundamentele uitgangspunten van de democratische rechtsstaat.²²⁵ Daarvan is mijns inziens sprake indien de rechtsnorm in overeenstemming blijft met de in de grondwet en internationale mensenrechtenverdragen tot uitdrukking komende grondrechten die de vrijheid van burgers garanderen, voldoende samenhangend is met rechtsnormen die in hetzelfde rechtsgebied van kracht zijn en in overeenstemming is met hetgeen in het samenhandelen in de publieke ruimte wordt erkend. Rechtsnormen vragen dan ook om een democratische legitimatie waarin via een dialoog rechtsnormen tot stand worden gebracht. Van de wetgever wordt verwacht dat hij rechtsnormen opstelt die helder zijn voor de instanties van de strafrechtspleging, zoals de rechter, politie en het Openbaar Ministerie. Strafrecht richt zich primair op deze instituties.²²⁶ Strafrecht is sanctierecht.²²⁷ Ten behoeve van een zo effectief mogelijke opsporing en vervolging is een norm die 'bij de tijd' is dan ook gewenst. Wanneer (bijna) niemand homoseksuele geslachtsgemeenschap strafbaar acht, dient de strafbepaling uit het wetboek te worden geschrapt.²²⁸ Dat geldt ook voor feiten die niet of nauwelijks voorkomen, zoals het tweegevecht dat tot voor kort strafbaar was.²²⁹ Dit voorkomt kostbare opsporing en berechting die niemand wenst.

De wetgever heeft op basis van het legaliteitsbeginsel de plicht heldere rechtsnormen op te stellen (*lex certa vereiste*) die uitdrukking zijn van een door de samenleving gedeeld 'gemeenschappelijk rechtsbewustzijn' waaruit de strafwaardigheid van bepaalde normschendingen kan worden afgeleid.²³⁰ Wanneer deze rechtsnormen uitdrukking zijn van een gedeeld rechtsbewustzijn wordt recht gedaan aan de *democratische* legitimatie van het strafrecht. Dat rechtsbewustzijn is niet een uniforme cultuur, maar een set van waarden die de fundamentele van de democratische rechtsstaat zelf zijn waarin de diversiteit van burgers ook in de publieke ruimte wordt gegarandeerd.²³¹ Tegelijkertijd beschermt het legaliteitsbeginsel ook de vrijheid van burgers, doordat rechtszekerheid wordt gegarandeerd die 'in een *rechtsstaat* vereist is om de veiligheid van burgers jegens elkaar en jegens de overheid te waarborgen.'²³² Ontkenning van dit

²²⁴ Zie De Hullu 2006, p. 95–101.

²²⁵ Zie over de rechtsvormende taak van de wetgever Mevis 2000. Zie genuanceerd Van der Vlies 1993.

²²⁶ Zie Hildebrandt 2001, p. 320–321.

²²⁷ Corstens 2005, p. 5, Enschedé/Bosch 2005, p. 7.

²²⁸ Hetgeen ook is gebeurd bij wet van 8 april 1971, Stb. 1971, 212. Art. 248bis (oud) Sr stelde overigens enkel strafbaar het seksueel verkeer tussen een meerderjarige met iemand van hetzelfde geslacht waarvan de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.

²²⁹ Zie artt. 152 e.v. (oud) Sr. De minister van justitie achtte het schrappen van deze strafbaarstelling logisch omdat strafbaarstelling zo gedateerd was en tegen het schrappen van de strafbepaling geen bezwaren bestonden. Zie *Kamerstukken II 2001/02*, 28.484, nr. 3, p. 4–5, 17–18. Overigens werd in 2000 bij uitzondering tweegevecht ten laste gelegd en bewezen verklaard. Uit de casus blijkt niet of een culturele factor heeft meegespeeld. Zie Rb 's-Hertogenbosch 20 december 2000, *LJN* AA9084, AA9085, AA9086. Daarom heb ik deze casus in hoofdstuk 2 niet behandeld (zie daarvoor hoofdstuk 2, nr. 58).

²³⁰ Hildebrandt 2001, p. 320. Zie over het *lex certa vereiste* De Hullu 2006, p. 89–94.

²³¹ Zie Foqué 2006, p. 98, Benhabib 2002, p. 37.

²³² Hildebrandt 2001, p. 321.

instrumentele karakter zou tot een onaantvaardbare uitholling van het strafrecht kunnen leiden. Voorkomen moet worden dat de vrijheid van een enkeling boven de vrijheid van anderen wordt gesteld, waardoor de vrijheden van de anderen opgeofferd wordt voor de vrijheid van de enkeling. Dat zou tot chaos (in Hobbesiaanse termen een 'oorlog van allen tegen allen') kunnen leiden.²³³ De vraag is nu echter wie verantwoordelijk is voor de garantie van vrijheid: de wetgever, of ook de rechter?

230. Mevis legt in het licht van het legaliteitsbeginsel de verhouding tussen rechter en wetgever als volgt uit. Zowel de wetgever als de rechter zijn verplicht spraakzaam. De wetgever is verplicht strafbaarstellingen op te schrijven als hij bepaalde gedragingen bestraft wil zien. De rechter moet in een concrete strafzaak uitspraak doen. Wetgever en rechter zullen elkaar in hun spraakzaamheid aan. De wetgever kan niet alles regelen: hij is in wat hij schrijft voor een deel ook zwijgzaam, namelijk in wat hij niet heeft geschreven. De rechter wordt ook met het niet-geschrevene geconfronteerd. De rechter kan zich volgens Mevis niet de rol van de wetgever aanmeten, maar moet vanuit zijn eigen rol 'het verhaal tussen maatschappij en Recht, tussen maatschappij en ethiek, tussen samenleving en gerichtheid' nader omschrijven.²³⁴ De taak van de rechter is om het verhaal van de wetgever te completeren, zonder op de stoel van de wetgever te mogen gaan zitten. De strafrechter is daarom niet de aangewezen macht om een door hem ontdekte kloof tussen strafbaarstelling en maatschappelijke opvatting te dichten.²³⁵ Toegepast op casus waar culturele verschillen een rol spelen, lijkt Mevis iets strikter te zijn dan zijn eerdere beschouwingen suggereren. Hij lijkt de rechter weinig ruimte te bieden om rechtsnormen zo te interpreteren dat daarmee rekening kan worden gehouden met de culturele achtergrond van justitiabelen. Naar zijn mening heeft de wetgever de primaire taak om dergelijke omstandigheden in wetgeving neer te leggen.²³⁶ Op zichzelf heeft in het strafrecht de wetgever inderdaad het primaat van de rechtsvorming. Maar tot nu toe heeft de wetgever vooral algemene oordelen gegeven over de problematiek van culturele verschillen in het strafrecht. Die algemene oordelen geven richting aan het oordeel van de rechter, maar uiteindelijk onvoldoende houvast. Ook de wetsgeschiedenis van veel strafbare feiten, zeker uit het Wetboek van Strafrecht, biedt in de huidige tijd niet veel zekerheid. Daarbij komt dat verwijzen naar de uit 1881 stammende wetsgeschiedenis de legitimiteit van het rechterlijk oordeel niet garandeert. Deze interpretatie zou in bepaalde gevallen juist de legitimiteit van het wetboek en het rechterlijk oordeel kunnen ondermijnen.²³⁷ Het wetboek zou dan niet veel meer zijn dan een 'instructieboekje' voor de rechter en het Openbaar Ministerie dan de juridische vertaling van wat de leden van een gemeenschap als een gedeelde norm kunnen beschouwen.²³⁸ Om de rechtsnorm ook na inwerkingtreding bij de tijd te houden, op een moment dat de wetgever daartoe niet in staat is, heeft de (straf)rechter, gelijk ook Mevis beweert, een zekere interpretatievrijheid.

Claes stelt dat de interpretatievrijheid van de rechter zich beperkt weet door het recht, door hem 'opgevat als een complex samenspel van rechtsregels en rechtsprincipes (...) zonder de onvermijdelijke waarderende betrokkenheid van de strafrechter te

²³³ Zie Galenkamp en Westrik 2004. Zie ook Galenkamp 2006, p. 164, Galenkamp 2005, p. 255, Freeman 1993, p. 37, Barry 2001, p. 143.

²³⁴ Mevis 2000, p. 25.

²³⁵ Mevis 2000, p. 29.

²³⁶ Mevis 2000, p. 32.

²³⁷ Zie Rozemond 1998, p. 34.

²³⁸ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 10.

miskennen.’ Voor de strafrechter is het legaliteitsbeginsel een ‘sturend beginsel dat de strafrechter verplicht de strafwet te interpreteren tegen de achtergrond van een schema van rechtsprincipes dat aan het geldend systeem van rechtsregels ten grondslag ligt.’²³⁹ De ruimte tot interpretatie van strafrechtelijke normen is dan mogelijk binnen de grenzen van het recht zelf, meer in bijzonder de fundamentele uitgangspunten van het recht. Dit sluit aan bij hetgeen ik hierboven heb aangegeven ten aanzien van de onderscheiding van de ethische en morele schil van een rechtsnorm. De ethische schil van de rechtsregel, de op een bepaalde voorstelling in een cultuurgemeenschap omschreven norm, kan worden bijgesteld bij veranderende culturele opvattingen. De rechter heeft de mogelijkheid die veranderingen aan te brengen zolang de inhoud van de norm in overeenstemming blijft met de morele schil, dat wil zeggen de kern van de rechtsnorm. Die kern is niet aanpasbaar op basis van een veranderende culturele opvattingen over het goede handelen, maar alleen wanneer naar aanleiding van een morele dialoog, die losstaat van cultuur, aanleiding bestaat de norm te veranderen.²⁴⁰ De aanpassing van die norm is natuurlijk in de eerste plaats aan de wetgever, die immers democratisch gekozen is en daardoor de diversiteit van de samenleving in het parlement vertegenwoordigt en waarin de inhoud van de rechtsnorm via politieke besluitvorming zo kan worden opgesteld dat zij voldoende rekening houdt met alle in een samenleving bestaande verschillen. Maar de rechter staat hier niet buitenspel. Hij is ‘complementair’ aan de wetgever. De strafrechter heeft ‘de bevoegdheid en verantwoordelijkheid’ om in aanvulling op de wetgever de inhoud van wetgeving zo vast te stellen dat rechtsnormen een blijvende legitimiteit hebben.²⁴¹

231. Dat de rechter dus de ruimte heeft om ‘complementair’ aan de wetgever rechtsnormen bij te stellen, zolang zij de morele kern van de rechtsnorm niet raken, maar ook in overeenstemming zijn met eisen van wederkerigheid en gelijkwaardigheid en de rechtsnorm in samenhang blijft met de systematiek van het recht zelf,²⁴² roept de vraag op hoe hij in een concreet geval de claim van de pleger van een cultureel delict moet meewegen. Die claim, op te vatten als een rechtvaardigingsgrond waarmee de wederrechtelijkheid van de gedraging kan worden ontnomen, is bijvoorbeeld dat er een religieuze norm is waarin de gedraging kan worden begrepen en die de wederrechtelijkheid van de gedraging moet ontnemen. Die claim kan ook zijn dat er sprake was van een uitzonderlijke situatie, die door de culturele context van de gedraging kan worden verklaard, waardoor men gerechtvaardigd was te reageren vanuit de perceptie van die culturele context. Moet de rechter dergelijke claims onverkort aannemen of mag hij ze kritisch benaderen? Die vraag is vooral ten aanzien van religieus geïnspireerd gedrag van belang, nu hier het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid wordt toegepast.²⁴³ Dat komt erop neer dat de inhoud van de gedraging niet ter discussie mag staan. Dat is op zichzelf wellicht begrijpelijk. Het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid geeft aan dat burgers de vrijheid hebben hun eigen identiteit vorm te geven zonder inmenging van derden, zoals de Staat. Daarmee wordt recht ge-

²³⁹ Claes 2003a, p. 448.

²⁴⁰ Zie Claes 2003a, p. 136-155 die erop wijst dat een rechtsnorm een open textuur heeft (cfm. Hart) die kan worden bijgesteld. Bijstelling vanwege culturele veranderingen is mijns inziens alleen dan mogelijk wanneer het resultaat van die bijstelling nog steeds in overeenstemming is met de morele kern van de norm.

²⁴¹ Claes 2003a, p. 461.

²⁴² Zie daarover nr. 216 in dit hoofdstuk en hoofdstuk 3, nrs. 181-182.

²⁴³ Zie hoofdstuk 1, nr. 20.

daan aan de scheiding tussen kerk en staat, de vrijheid van godsdienst²⁴⁴ en wordt voorkomen dat rechters zich moeten mengen in debatten met een hoog irrationeel gehalte.²⁴⁵ Toch meen ik dat er verschillende redenen zijn waarom het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid niet te extreem moet worden opgevat. Mijns inziens dient weldegelijk ruimte te zijn voor een inhoudelijk debat.²⁴⁶

232. Voorop gesteld zij dat het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid alleen van toepassing is in strafzaken waar religie of godsdienst een rol speelt.²⁴⁷ Terzake culturele delicten is het leerstuk naar mijn weten nog niet opgedoken. Mijns inziens is het niet verstandig om het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid (bij culturele delicten) toe te passen. In de eerste plaats is de omschrijving van de menselijke gedraging van groot belang om te bepalen wat de strafrechtelijke relevantie van het gedrag is. Wederrechtelijkheid van het gedrag is pas bepaalbaar wanneer de gedraging wordt bezien in haar context.²⁴⁸ Dat betekent, gelet op het gestelde aan het begin van dit hoofdstuk dat een handeling wordt gekoppeld aan een norm, namelijk de norm waarvan de gedraging uitdrukking is.²⁴⁹ Het is deze norm die de rechter houvast biedt in zijn bepaling van de strafbaarheid van de gedraging. Is de culturele norm namelijk in strijd met de aard en strekking van de rechtsnorm, dan kan de gedraging in ieder geval als een strafbaar feit worden gekwalificeerd. In geval van sommige strafbare feiten die worden gepleegd vanuit een bepaalde religieuze overtuiging leidt het voorgaande er dus toe dat de gedraging wordt uitgelegd in termen van de overtuiging van de dader. Tot zover is er geen verschil met de door de Hoge Raad in deze gekozen positie.²⁵⁰ Maar het probleem is dat er geen inhoudelijke discussie wordt gevoerd over de relatie van de verdachte met de (culturele) norm. Het lijkt erop dat ervan wordt uitgegaan dat de norm het handelen zo dirigeert dat geen andere uitweg mogelijk was dan het plegen van het strafbare feit. Hie wordt er echter aan voorbij gegaan dat ondergeschiktheid van de gedraging ten opzichte van de norm in het Nederlandse strafrecht nooit is aangenomen en altijd van handelingsvrijheid wordt uitgegaan.²⁵¹

Door toepassing van het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid miskent de rechter dat normen ook strategisch worden omarmd en daaruit geen automatische volgzzaamheid aan deze normen kan worden afgeleid. Het kan weliswaar voorkomen dat een verdachte stelt dat hij niet anders kon dan het volgen van een norm, maar of die stelling wordt geaccepteerd, is aan de rechter. De claim dat een culturele norm is gevolgd, hoeft dus niet automatisch te leiden tot het erkennen van de onvermijdelijkheid van het gedrag. Beter is te erkennen dat normen strategisch kunnen worden gebruikt en het aan de rechter is te achterhalen of dat in de hem voorliggende casus ook

²⁴⁴ Zie B.P. Vermeulen 1992, p. 38-39, B.P. Vermeulen 2000, p. 95-96.

²⁴⁵ Aldus Galenkamp 2005, p. 253.

²⁴⁶ Het nu volgende is ontleend aan Ten Voorde 2007.

²⁴⁷ Zie o.a. HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m.nt. 't H, Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, NJCM-bulletin 2003, p. 461-470, m.nt. M. de Blois, HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203, HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204, m.nt. JdH, HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261, m.nt. PMe, HR 2 januari 1990, NJ 1991, 289.

²⁴⁸ Loth 1992, p. 27, 29.

²⁴⁹ Zie samengevat Glastra van Loon 1985.

²⁵⁰ Die komt erop neer dat het handelen altijd in de context van de handeling moet worden beoordeeld, maar dat die context voor de strafrechtelijke beoordeling van de handeling niet meer relevant is. De context is vanwege het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid immers niet discussieerbaar. Zie HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261, m.nt. PMe.

²⁵¹ Aldus ook De Hullu 2006, p. 286. Zie over handelingsvrijheid hoofdstuk 5.

het geval is geweest. Dat vergt onderzoek naar de persoon van de dader en diens relatie met de door hem aangehangen religieuze normen. Dat onderzoek mag kritisch zijn, in de zin dat vragen mogen worden gesteld over de mate waarin de religieuze norm ook daadwerkelijk bepalend is geweest voor de gedraging, of dat ook andere (minder prozaïsche) normen van betekenis zijn geweest voor de gedraging.²⁵² Een gedraging vindt namelijk niet plaats op basis van een uniforme set normen, maar op basis van een veelheid van normen, waarvan slechts bepaalde worden beschermd. Het is aan de rechter te oordelen of de gedraging juist door laatstbedoelde normen is gepleegd alvorens hij kan bepalen of de gedraging werkelijk strafrechtelijk relevant is. Blijkt uit dat onderzoek dat de verdachte inderdaad niet anders kon handelen dan kan de rechter daarmee rekening houden. Dat kan leiden tot vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolgning wegens het aanvaarden van een beroep op een strafuitsluitingsgrond of strafvermindering.

233. Een tweede reden waarom meer inhoudelijk op de culturele context van de gedraging zou moeten worden ingegaan, is gelegen in de consequenties van een volledige terughoudendheid inzake de beoordeling van deze context bij de gedraging. Zij hangt samen met een bepaalde invulling van het gewenste respect voor culturen. Dat respect kan worden samengevat met de term tolerantie. Dat kunnen we in dit verband omschrijven als stilzwijgendheid:²⁵³ er is immers voor de staat geen ruimte inhoudelijk in te gaan op botsende normen, dus wordt de botsing tussen normen verzwegen, geaccepteerd dat de gedraging religieus is bepaald en vervolgens aan de hand van de juridische systematiek getracht ruimte te vinden voor deze cultureel bepaalde gedraging. Het EHRM stelt echter dat een belangrijk bezwaar hiertegen is dat de nadruk vooral ligt op de aan de staat te stellen grenzen. Er wordt geen signaal aan burgers afgegeven dat zij zich in de ruimte die door het verdrag wordt bestreken een bepaalde houding hebben aan te meten. In de uitoefening van grondrechten worden burgers door het hof echter steeds meer aangesproken als burger die geen onverantwoordelijke dingen mogen doen.²⁵⁴ Daarvan is sprake indien de burger de democratische grondslagen van de samenleving ondermijnt.

Het hof lijkt tolerantie een actievere betekenis te geven. Van burgers wordt nogal wat gevergd alvorens een beroep op mensenrechten mogelijk is. Burgers hebben zich ervan te vergewissen dat hun handelen nadelen met zich kan brengen ten opzichte van anderen en dat die nadelen schadelijk kunnen zijn voor de sociale cohesie in een democratische samenleving. Van belang is evenwel te moeten constateren dat het EHRM groot belang hecht aan diversiteit aan opvattingen en overtuigingen, nu een democratische samenleving alleen dan volwaardig kan functioneren. Burgerschap lijkt dan ook te betekenen dat burgers in hun handelen niet alleen in staat zijn naar eigen (culturele) normen te handelen, maar ook anderen daartoe in staat stellen.²⁵⁵ Juist daarom is het hof steeds vaker bereid inhoudelijk in te gaan op de achtergrond van gedragingen.²⁵⁶ Door de inhoud van het gedrag meer en meer uitdrukkelijk aan de orde te

²⁵² Uit de 'gemengd zwemmen' zaak blijkt dat de verdachte in eerste instantie zijn dochter niet had laten deelnemen aan schoolzwemmen omdat hij dat 'onbelangrijk vond'. Met A-G Fokkens ben ik van mening dat een verweer op basis van de vrijheid van godsdienst in dergelijke gevallen niet kan slagen. Zie HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m.nt. 't H.

²⁵³ Zie Slijper 1999, p. 84-85.

²⁵⁴ EHRM 1 juli 1997, appl.nr. 20704/92 (Kalaç/Turkije), § 27.

²⁵⁵ Zie EHRM 13 februari 2003, appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41344/98, (Refah/Turkije), § 106 e.v.

²⁵⁶ Zie ook Loenen 2006, p. 305-307.

stellen, kiest het hof ervoor de verdachte die een beroep doet op zijn achtergrond in staat te stellen die achtergrond naar voren te brengen, maar ook inhoudelijk in te gaan op de ten laste gelegde gedraging. Het EHRM lijkt ons er van bewust te maken dat tolerantie juist een actieve houding van burgers met zich hoort te brengen. Zij houdt niet alleen in dat van burgers wordt verwacht dat zij zich op een bepaalde wijze gedragen (goed burgerschap), tevens wordt van de staat verwacht dat hij minderheden een volwaardige positie biedt waarin ruimte bestaat voor het uitdragen van een eigen identiteit en van het serieus nemen van die identiteit.²⁵⁷ Een inhoudelijke beoordeling van de gedraging moet dan niet worden gezien als een poging van de staat om uitoefening van mensenrechten te belemmeren, doordat de staat de scheiding tussen kerk en staat ontkent, maar als een poging om minderheden juist bij de samenleving te betrekken. Het EHRM lijkt ons ervan te doordringen dat dat betrekken meer is dan alleen het formeel erkennen van mensenrechten. Er moet ook sprake zijn van een materiële erkenning daarvan door het debat met minderheden aan te gaan. Zij dienen daarin de ruimte te krijgen ons een spiegel voor te houden, terwijl de staat daarin de mogelijkheid dient te hebben minderheden van hun burgerschap te doordringen. Daaruit volgt dat over de inhoud van de gedraging wel degelijk discussie mag worden gevoerd. Zij lijkt zelfs een uit tolerantie voortvloeiende verplichting.²⁵⁸ Dat betekent dus ook dat een inhoudelijke discussie over de gedraging juist uit het systeem van mensenrechten in een multiculturele samenleving voortvloeit.²⁵⁹

4.4.4 Conclusie

234. De rol die een verdachte in een samenleving speelt, vormt een belangrijke component om wederrechtelijkheid vast te stellen. Zij maakt het mogelijk om enerzijds ruimte te vinden voor de persoonlijke achtergronden van de gedraging. Gedrag vindt namelijk plaats vanuit een bepaalde (ook cultureel beïnvloede) achtergrond die bij de beoordeling van dat gedrag niet buiten beschouwing kan worden gelaten. Dat volgt uit het communicatieve karakter van het strafrecht. Communicatie betekent kunnen worden aangesproken. Kunnen worden aangesproken betekent het aangaan van een dialoog op grond waarvan inzicht kan worden verkregen in de achtergronden van het handelen en naar aanleiding daarvan respect voor die achtergronden kan worden betoond. Anderzijds maakt de beoordeling van de rol het voor de rechter ook mogelijk de grenzen van wederrechtelijkheid vast te stellen. De communicatie met verdachte is ook hier van belang. Aanspreken betekent ook dat de verdachte aangesprokene kan zijn van een strafbaar feit. Aangesprokene kunnen zijn veronderstelt dat de verdachte een rol kan spelen op basis waarvan hij aanspreekbaar is. Die rol in de publieke ruimte is de rol van burger. De bepaling van wederrechtelijkheid door de rechter moet dan ook geschieden met in achtneming van burgerschap van de verdachte. Dat burgerschap moet niet eendimensionaal worden opgevat. Burgerschap vormt de schakel tussen verschillende rollen die een subject in een samenleving speelt, maar ook de ondergrens wat in die rollen wel en niet mag. Bepaling van wederrechtelijkheid op basis van een rol betekent dan ook rekening houden met de rol die verdachte ten tijde van het plegen van het delict speelde, maar ook in meer algemene zin bepalen of een dergelijke rol ook door hem als verdachte mocht worden gespeeld. In hoofdstuk 6 zal deze positie verder worden uitgewerkt. Als burger meen ik dat elk subject een bepaalde

²⁵⁷ Zie ook Sasse van Isselt 2006, p. 655-658.

²⁵⁸ Zie ook hoofdstuk 3, nr. 162.

²⁵⁹ De implicaties hiervan werk ik in hoofdstuk 6 uit.

zorgplicht heeft op basis waarvan kan worden vastgesteld in hoeverre hij zijn cultureel beïnvloede rol mocht spelen ten tijde van het gepleegde delict, met andere woorden of die cultureel beïnvloede rol van invloed mag zijn op de betekenis van wederrechtelijkheid. In ieder geval betekent het beoordelen van die rol niet dat de rechter terughoudend hoeft te zijn in de inhoudelijke beoordeling daarvan. Het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid mag de rechter mijns inziens niet belemmeren in de uitoefening van zijn rechtsvormende taak.

4.5 Slotopmerkingen

235. In dit hoofdstuk stond de volgende vraagstelling centraal: *Indien kan worden uitgegaan van de gedachte dat de democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen in het recht, 1) hoe verhouden zich dan geschreven rechtsnormen en ongeschreven normen van migrantenrecht tot elkaar in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid; 2) kunnen normen van migrantenrecht bijdragen tot een concretisering van de wederrechtelijkheid en 3) indien dit het geval is, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?* Bij het beantwoorden van deze vraag was gewenst inzicht te geven in de betekenis van rechtsnormen. Rechtsnormen zijn sociale normen waaraan rechtgevolgen zijn verbonden. Verfijning van rechtsnormen is alleen mogelijk binnen de grenzen die de wetgever op basis van artikel 350 Sv heeft getrokken. De formele mogelijkheid tot verfijning zegt niets over de materiële mogelijkheden. Daarvoor is aangegeven dat rechtsnormen tot stand komen in de publieke ruimte waarin subjecten vanuit hun unieke positie aangewezen zijn te handelen met anderen in een al even unieke positie. Handelen vindt dan ook plaats in een pluraliteit van posities en zal, wil men met anderen kunnen samenleven, ook in een multiculturele samenleving moeten plaatsvinden. Dat maakt het mogelijk met anderen in interactie te treden en over de betekenis van normen te discussiëren. Discussie over de inhoud van rechtsnormen is ook mogelijk omdat zij niet alleen een bevel zijn, maar ook moeten worden bevestigd in het handelen van subjecten. Een rechtsnorm die in het handelend wordt bevestigd, is een legitieme norm. Soms wordt gehandeld in strijd met een norm. Die handeling en de norm die aan die handeling ten grondslag ligt, noemen we een ‘verwerpelijke’ norm. Een verwerpelijke norm kan wederrechtelijk zijn als zij in strijd is met een rechtsnorm, die rechtsnorm door burgers in zijn algemeenheid wordt aanvaard, maar ook vanuit de rol die de verdachte speelt blijkt dat die handeling onrechtmatig is. In strijd met de wet handelen is dan ook niet automatisch wederrechtelijk handelen. Altijd zal moeten worden gekeken of de norm die is overtreden algemeen wordt aanvaard en ook vanuit de rol die verdachte speelde als een acceptabele norm wordt beschouwd. Verfijning van de rechtsnorm ligt in de rede op het moment dat de overtreding van de rechtsnorm niet meer wordt beschouwd als een overtreding of als die overtreding op basis van de rol niet onrechtmatig wordt geacht. Die verfijning is ook mogelijk door inzicht te krijgen in de normen van allochtonen, maar ook wanneer uit de rol die de allochtone verdachte ten tijde van het delict pleegde blijkt dat hij conform zijn normen handelde. Verfijning van de rechtsnorm kan dan mogelijk zijn.

Beide stellingen zijn vervolgens uitgewerkt. Verfijning van de rechtsnorm als zodanig is alleen mogelijk zolang de kern van de rechtsnorm niet wordt aangetast. Die kern, de morele dimensie van de norm, verschilt per rechtsnorm maar kan zijn gefundeerd op mensenrechtenbepalingen. Aanpassing van de morele dimensie van de norm is enkel mogelijk voor een morele dialoog, waarin culturele achtergronden geen rol spelen. De culturele achtergrond kan wel een rol spelen bij herinterpretatie van de

ethische component van de rechtsnorm. Deze verwijst naar de invulling van een rechtsnorm in een bepaalde cultuurgemeenschap. Veranderingen van samenstelling van die cultuurgemeenschap maken aanpassingen van de ethische component van de rechtsnorm vaak gewenst, wil zij ook in het vervolg een legitieme norm zijn. Wetgever en rechter (in aanvulling op de wetgever) hebben hier tot taak de rechtsnorm 'bij de tijd' te houden, dat wil zeggen aan te passen bij veranderingen in de samenstelling van de samenleving en rekening te houden met de culturele diversiteit van de gemeenschap. Die veranderingen zijn alleen dan mogelijk wanneer aan drie eisen wordt voldaan, namelijk dat zij de morele kern van de rechtsnorm niet aantast, gelijkwaardigheid en wederkerigheid als fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat eerbiedigt en de samenhang met de bestaande systematiek van het recht niet verloren laat gaan. Daaruit volgt mijns inziens ook dat aanpassing van de rechtsnorm door de rechter in een concrete casus, zoals nu, alleen dan mogelijk is wanneer verdachtes verweer verwijst naar een hogere norm, die in een (geschreven) rechtvaardigingsgrond, zoals noodweer, is neergelegd. Van rechtspluralisme, een naast het bestaande rechtstelsel bestaande recht, kan volgens mij geen sprake zijn.

Verfijning van de rechtsnorm door ook inzicht te verschaffen in de rol die de verdachte ten tijde van het delict speelde gaat uit van drie veronderstellingen. In de eerste plaats is een rol geen 'cultuurloze' rol, maar een rol die is ingebed in onder andere de cultuur waarin een verdachte is opgegroeid. Van het handelen zonder contingente achtergrond in de publieke ruimte kan geen sprake zijn. In de tweede plaats veronderstelt het handelen in de publieke ruimte vrijheid. Daarbij gaat het niet alleen om negatieve vrijheid of vrijheid 'van', maar ook om positieve vrijheid, vrijheid 'tot'. Positieve vrijheid heeft naar mijn mening twee dimensies. Allereerst verwijst ze naar de mogelijkheid tot het in debat kunnen treden; met de verdachte in het strafproces moet bijvoorbeeld door de andere procesdeelnemers kunnen worden gecommuniceerd. Die communicatie maakt het voor een verdachte bijvoorbeeld mogelijk zijn verhaal te vertellen en daarmee inzicht te verschaffen in de redenen van zijn gedrag. Communicatie maakt conflicten zichtbaar en ook de gronden van die conflicten. In het strafproces moet voldoende ruimte zijn, binnen de grenzen die de wet aan het debat stelt, om die communicatie te voeren en om daarin zoveel mogelijk gelijkwaardigheid en wederkerigheid te garanderen. Daarnaast verwijst positieve vrijheid ook naar de mogelijkheid om in dat debat aangesproken te worden. Aanspreekbaarheid betekent dan het kunnen afleggen van verantwoording. De basis daarvoor ligt in het feit dat men burger is van een samenleving en zich daarin betamelijk heeft te gedragen. De aanspreekbaarheid vertrekt niet vanuit het luchtledige, maar vanuit de verschillende normen (constitutionele, positiefrechtelijke en sociale normen) die in een democratische rechtsstaat bestaan. Het debat, dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan en moet plaatsvinden, heeft tot doel enerzijds de verdachte de ruimte te geven inzicht te geven in de achtergronden van zijn gedraging en de rol die hij speelde, maar anderzijds de rechter de mogelijkheid te bieden het gedrag af te keuren op basis van het feit dat men als burger bepaalde verplichtingen jegens de staat en elkaar heeft. Die burger is doorspekt met bepaalde culturele tradities en moet ook in staat worden geacht die tradities naar voren te brengen, maar burgerschap geeft ook een ondergrens aan. Die ondergrens van maatschappelijke betamelijkheid wordt in hoofdstuk 6 uitgewerkt.

HOOFDSTUK 5

De invloed van cultuur op de verwijtbaarheid

5.1 Inleiding

236. In het vorige hoofdstuk ben ik ingegaan op de wederrechtelijkheid. De vraag was of en in hoeverre normen van migrantenrecht tot verfijning van de wederrechtelijkheid konden leiden in een individuele strafzaak. Kern van de wederrechtelijkheid is dat er sprake moet zijn van een normschending, niet alleen een schending van de wet, maar ook van sociale normen. Deze schending wordt mede beoordeeld in het licht van de rol die de verdachte in de samenleving en ten tijde van het gepleegde feit speelt. De rechter die aanneemt dat sprake is van een wederrechtelijke gedraging communiceert met de verdachte dat hij anders had *moeten* handelen. Voor strafbaarheid van de verdachte is die constatering niet voldoende, nu naast wederrechtelijkheid ook schuld moet worden vastgesteld. We zijn in het schema van artikel 350 Sv dan bij de derde vraag. De vraag die de rechter moet beantwoorden is, nu blijkt dat de verdachte anders had moeten handelen, of hij in de gegeven omstandigheden ook anders had *kunnen* handelen. Indien wordt vastgesteld dat de verdachte anders had kunnen handelen, wordt verwijtbaarheid aangenomen.¹

237. De vraag of de verdachte anders had kunnen handelen volgt op de vraag of hij anders had moeten handelen. Dit toont de nauwe band aan tussen wederrechtelijkheid en schuld: strafrechtelijke schuld is pas mogelijk bij een wederrechtelijke gedraging. Zoals gezegd kan de vraag in hoeverre sprake is van een wederrechtelijke gedraging worden teruggebracht tot de vraag: had de verdachte anders *moeten* handelen? Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten we eerst weten hoe de verdachte had moeten handelen. Weten hoe anders moet worden gehandeld, is weten naar welke normen de verdachte had moeten handelen. We hebben gezien dat het antwoord op deze vraag verschillende lagen heeft. Uitgangspunt bij deze lagen (waarin de inhoud van de rechtsnorm ter discussie kan staan, culturele normen onder omstandigheden de inhoud van een rechtsnorm kan verfijnen en de rol die verdachte speelt zowel ruimte als beperkingen aan het wederrechtelijkheidsoordeel geeft) is dat er sprake is van vrijheid van handelen. De burger moet in staat zijn om zijn eigen keuzes te maken. Dat is de veronderstelling van waaruit in hoofdstuk 4 is aangegeven dat de vaststelling van wederrechtelijkheid ruimte biedt om met culturele verschillen rekening te houden. De vrijheid van handeling maakt het niet alleen mogelijk de inhoud van normen te verfijnen, zij vormt ook de basis waarop tegen hem als burger kan worden gezegd dat hij anders *moest* handelen. Dat wil zeggen we van hem in deze omstandigheden (zelfs met inachtneming van zijn culturele achtergrond) mochten eisen dat hij de door hem gepleegde gedraging niet mocht plegen.

Bij verwijtbaarheid wordt aan deze veronderstelling vastgehouden. Uitgangspunt is namelijk ‘dat rechtssubjecten in beginsel vrij en volwaardig hun wil kunnen bepalen en daarom voor de door hen gemaakte keuzes op zichzelf aansprakelijk kunnen worden gesteld.’² Hier vinden we het woord kunnen. Om verwijtbaar te hebben gehandeld, moet men verwijtbaar *kunnen* zijn. Het kunnen verwijst naar de concrete mogelijkheid om terzake van een bepaalde gedraging keuzes te maken. Het probleem van de in

¹ Zie Vellinga 1982, p. 48.

² De Hullu 2006, p. 195.

hoofdstuk 4 omschreven relatie tussen norm en handeling zou kunnen zijn dat daarin geen plaats is voor de beoordeling van het kunnen. Immers, deze relatie wordt zo opgevat dat er vrijheid van handelen bestaat, dat van elke burger ervan uit moet worden gegaan dat hij keuzes maakt en voor die keuzes verantwoordelijk is. Een meer persoonlijke beoordeling of die keuzes ook konden worden gemaakt, lijkt niet mogelijk. In hoofdstuk 2 hebben we echter gezien dat discussie bestaat over de mate van invloed van cultuur op het in vrijheid kunnen handelen. Sommige auteurs stellen dat het volgen van culturele normen ertoe kan leiden dat die culturele normen moeten worden gevolgd.³ Is verwijtbaarheid in dergelijke gevallen wel vast te stellen? Leidt het volgen van culturele normen tot het niet meer in vrijheid kunnen handelen en dus tot het niet meer verwijtbaar handelen in geval van het plegen van culturele delicten? De vraag die ik in dit hoofdstuk wil behandelen is de volgende: *kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?*

238. Het antwoord op deze vraag wordt via drie paragrafen gegeven. In paragraaf 5.2 wordt aangegeven dat ook de in hoofdstuk 4 omschreven handelingsleer ruimte biedt voor een individuele benadering. Die is in de eerste plaats mogelijk door de erkenning dat het handelen een persoonlijke component heeft. Die komt in het handelen tot uitdrukking. Voor de vaststelling van het verwijt is het noodzakelijk dat de rechter die component in de handeling naar voren haalt. Dat doet hij niet door in de geest van de verdachte te kijken, maar door de identiteit van de verdachte ten tijde van het door hem gepleegde strafbare feit vast te stellen. Het vaststellen van die identiteit maakt het mogelijk de positie van de verdachte te leren kennen en te weten te komen waarom hij op een gegeven moment een strafbaar feit pleegde. Die positie is niet alleen een positie als burger, die voor de beoordeling van wederrechtelijkheid van belang is, maar ook een positie als mens. De beoordeling van de persoon van de verdachte geschiedt vooral door zijn levensgeschiedenis te onderzoeken. De rechter kan met behulp van de identiteit van de verdachte construeren in hoeverre hij in vrijheid keuzes kon maken. Het onderzoeken van de identiteit betekent een ontmoeting met de verdachte. Die ontmoeting door de rechter vindt plaats met volledig besef van de (culturele) achtergrond van de verdachte.

De rechter wordt bij zijn zoektocht naar de identiteit van de verdachte bij culturele delicten geconfronteerd met cultuur. In hoofdstuk 2 is al aangegeven dat over cultuur wisselend wordt gedacht. Ik zal in paragraaf 5.3 aan de hand van kennis uit de culturele antropologie inzicht proberen te geven in de wijze waarop cultuur van invloed is op ons handelen. Die invloed is, net als de relatie tussen norm en handeling, wederzijds constitutief. Met andere woorden, cultuur beïnvloedt de wijze waarop wij keuzes maken en welke keuzes wij maken en wanneer niet meer gesproken kan worden van keuzes, maar het blindelings volgen van normen. Dit cultuurbegrip maakt het voor de rechter niet eenvoudig om in concrete situaties te bepalen wanneer een strafbaar feit is gepleegd. Dat roept de vraag op waarom de rechter zich hiermee bezig zou moeten houden. Waarom zou de rechter het zichzelf moeilijk moeten maken? Kan het niet veel eenvoudiger?

³ Hoofdstuk 2, nr. 90.

De eenvoud van het vaststellen van verwijt kan worden bereikt door geen inzicht te krijgen in de persoon van de verdachte, maar door op basis van objectieve gronden het verwijt vast te stellen. Ik zal echter in paragraaf 5.4 aangeven dat de vaststelling van het verwijt door inzicht te krijgen in de identiteit van de verdachte volgt uit de zogeheten politiek van erkenning. Het handelen in de publieke ruimte veronderstelt dat het handelend subject tegemoet wordt getreden. Wordt dat niet gedaan, dan is er sprake van vernedering. Mijns inziens dient in een democratische rechtsstaat er alles aan worden gedaan om vernedering te vermijden. Aan de hand van de aspecten van de politiek van erkenning zullen handvatten worden geboden die de rechter kan gebruiken bij de bepaling van het verwijt. Ik sluit in paragraaf 5.5 af met een conclusie.

5.2 Handeling en schuld

5.2.1 Een nadere duiding van de problematiek

239. Algemeen wordt aangenomen dat voor de veronderstelling van het verwijt de rechter inzicht moet krijgen in de persoon van de verdachte.⁴ Het concept 'persoon van de verdachte' wordt in de literatuur en jurisprudentie niet duidelijk gespecificeerd, zodat het breed kan worden uitgelegd. Dit leidt vrij snel tot de conclusie dat ook culturele achtergronden onderdeel zijn van de beoordeling van de persoon van de verdachte en met die betreffende achtergronden dus rekening moet worden gehouden.⁵ Dat culturele achtergronden onderdeel kunnen zijn van het oordeel naar de persoon van de verdachte houdt ook in dat die achtergronden ertoe kunnen bijdragen dat de verwijtbaarheid in een concrete casus niet aannemelijk kan zijn. In de jurisprudentie zijn hiervan door mij geen voorbeelden gevonden. Aan de hand van in hoofdstuk 2 reeds besproken Veghelse zaak kunnen we inzicht krijgen in de in casu naar voren gebrachte argumenten die bijdragen aan het antwoord op de vraag of sprake is geweest van verwijtbaar handelen.⁶

Als bekend schoot de toen 17-jarige Ali in december 1999 het pistool van zijn vader leeg op een regionaal opleidingscollege in een poging de schaking (en het daarmee samenhangende eerverlies van zijn familie) van zijn zusje te wreken. Zijn raadsman beriep zich op psychische overmacht. Kern van diens betoog was wat Ali onder druk van zijn vader, maar ook van de Turkse gemeenschap en Turkse cultuur had gehandeld. Om te beoordelen of er sprake was van psychische overmacht werden maar liefst vier deskundigen ingeschakeld die inzicht moesten verschaffen in de psychische gesteldheid van Ali ten tijde van de schietpartij. De transcultureel psychiater De Jong, één van de ingeschakelde deskundigen, meende dat Ali niet in staat was uit vrije wil te handelen. Weliswaar, zo stelde De Jong, was er van een *pathogene* vermindering van de wilsvrijheid van Ali geen sprake, maar aan dit oordeel moest geen waarde worden gehecht. Wilsvrijheid is volgens deze deskundige namelijk een illusie in de context van eergereleerd geweld (eerwraak). De druk die op Ali werd uitgeoefend was volgens de deskundige van dien aard dat de verdachte daartegen onmogelijk weerstand kon bieden. Dit kan worden verklaard door de collectivistische waarden waarbinnen Ali is opgegroeid. Deze waarden prevaleren boven individuele waarden en leidden er volgens De Jong toe dat Ali moest handelen en dus uit psychische overmacht heeft gehandeld.⁷

⁴ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 197.

⁵ Zie Knoops 1998, p. 259-260.

⁶ Hoofdstuk 2, nr. 69.

⁷ Zie de door de rechtbank gegeven samenvatting van De Jongs opvattingen in het vonnis van de

Deze opvattingen zijn scherp bekritiseerd. Van Eck betwist op basis van het dossier De Jongs bevindingen en stelt dat Ali zeer goed wist waar hij mee bezig was.⁸ Strijbosch stelt in een commentaar op het vonnis van de rechtbank, dat het volgen van collectivistische waarden niet hoeft te betekenen, dat zonder vrije wil wordt gehandeld. Volgens hem kan ieder individu bij het volgen van cultureel bepaalde normen zelfstandig de afweging maken of hij die normen wenst te volgen.⁹ Dit oordeel moet van geval tot geval worden bekeken. Maris gaat zelfs nog verder door te stellen dat eerwraak zelden tot acceptatie van psychische overmacht kan leiden, omdat de eerwraakpleger heel goed weet wat hij doet en daardoor uit vrije wil handelt.¹⁰ De rechtbank is eveneens van oordeel dat het eerwraakmotief in dit geval niet tot aanvaarding van psychische overmacht kan leiden. Kern van de argumentatie is dat weliswaar de culturele bepaaldheid van het handelen wordt onderkend en daarmee volgens de rechtbank rekening wordt gehouden, maar dat de uiteindelijke beoordeling vertrekt vanuit een set van normen, waarin voorop staat, dat elk individu rechtssubject is dat verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn handelen. Het strafrecht dient volgens de rechtbank ook de gevestigde normen van een samenleving te waarborgen.¹¹ Die normen zijn onder andere het recht op leven en de individuele verantwoordelijkheid voor het handelen en dus de mogelijkheid 'nee' te zeggen. Daarmee sluit de rechtbank aan bij de jurisprudentie over overmacht.¹²

De behandeling van psychische overmacht geschiedt door een zekere objectivering. Die houdt in dat de beoordeling van het verweer mede afhankelijk is van hier te lande geldende normen. Er moet bij psychische overmacht niet alleen sprake zijn van een van buiten komende druk waaraan men geen weerstand kon bieden, maar waaraan men *in redelijkheid* geen weerstand kon bieden. Hierin komt tot uitdrukking dat ook bij de vaststelling van het verwijt algemene eisen van goed burgerschap gelden. Die eisen zijn we tegengekomen bij de beoordeling van wederrechtelijkheid. Op basis van die eisen van goed burgerschap, die op grond van het vonnis van de Bossche rechtbank dus betrekking hebben op het garanderen van het recht op leven en het handhaven van een zekere betamelijkheid (men mag zich niet laten gaan als men onder druk is gesteld, maar moet 'nee' durven zeggen), wordt de beoordeling van de verwijtbaarheid afhankelijk van algemene, niet persoonlijke, maatstaven. Dat geldt vooral bij het feit dat ook burgerschap als algemeen criterium wordt gebruikt, waarbij nauwelijks persoonlijke aspecten een rol spelen.

Mooij vat deze nadruk op burgerschap en op het betamelijk handelen pakkend samen in een variatie van Kants adagium 'Du kannst, denn du sollst', namelijk 'Du sollst, denn du kannst'.¹³ Met andere woorden, algemene eisen van betamelijkheid die van een burger kunnen worden verlangd leiden ertoe dat de burger in principe onder alle

Bossche rechtbank: Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *IJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

⁸ Van Eck 2002, p. 173. Van Eck was één van de andere ingeschakelde deskundigen. Het is overigens interessant op te merken dat De Jong als psychiater was ingeschakeld. Ook psychiaters en psychologen van de observatiekliniek Pieter Baan Centrum waren gevraagd Ali te onderzoeken. Dat is opvallend omdat psychische overmacht van oudsher wordt losgekoppeld van psychische achtergronden (psychische overmacht heeft betrekking op externe, ontoerekenbaarheid op interne (geestelijke) druk). Over psychiatrisering van psychische overmacht en het probleem daarvan bij culturele delicten, zie hoofdstuk 6, nrs. 316–318.

⁹ Strijbosch 2001, p. 890.

¹⁰ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

¹¹ Zie bijv. ook Knoops 1998, p. 260.

¹² Zie De Hullu 2006, p. 283–284, Kelk 2005, p. 267.

¹³ Mooij 2004b, p. 1079.

omstandigheden betamelijk moet handelen. Daaruit volgt dat wat verwijtbaar is, weliswaar anders kunnen handelen is, maar voordat we aan het kunnen toekomen eerst vaststellen hoe iemand in zijn algemeenheid *behoort* te kunnen handelen. In hoeverre iemand anders kon handelen wordt vervolgens niet beoordeeld op grond van de persoonlijke omstandigheden waaronder de verdachte het delict heeft gepleegd, maar op basis van algemene normen.¹⁴ De vraag is dan wat overblijft van de individuele verwijtbaarheid. Is inzicht in de persoon van de verdachte nu nog wel nodig?

5.2.2 *De psychische component van de handeling*

240. De handeling wordt in de hedendaagse handboeken vrij unaniem omschreven op basis van de zogeheten *sociale handelingsleer*. In deze leer wordt de fysieke gedraging geplaatst 'in het licht van de in het geding zijnde norm, de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader.'¹⁵ In deze theorie moeten handelingen worden beoordeeld in 'de maatschappelijke context' waarbinnen wordt gehandeld, 'waardoor derhalve allerlei sociale factoren als gewoonten, regels, verwachtingspatronen van belang zijn.'¹⁶

Deze handelingsleer kan worden gezien als compromis tussen twee uitersten, namelijk de 'klassieke' benadering waarin de handeling wordt omschreven als een 'tenminste lichamelijke beweging die tot des daders wilsvermogen, diens psyche te herleiden is'¹⁷ en de 'moderne' leer die geen belang hecht aan het fysieke aspect maar de handeling pas strafrechtelijk relevant beoordeelt vanuit de 'sociale-emotionele context'. De betekenis van de handeling wordt in de moderne leer bepaald door het normencomplex waarbinnen wordt gehandeld.¹⁸ Binnen dit compromis ligt de nadruk volgens De Hullu nog steeds op de lichamelijke beweging die tot de psyche van de verdachte te herleiden is. Weliswaar kan een handeling nooit helemaal begrepen worden zonder ze te plaatsen in het licht van normen, maar is het niet noodzakelijk het fysieke aspect volledig overbodig te maken. De meeste handelingen zijn volgens hem fysieke handelingen.¹⁹

Daarbij is van belang te constateren dat de beoordeling van de handeling niet enkel betrekking heeft op het fysieke aspect, in de termen van Van Hamel de 'spierbeweging',²⁰ maar dat de spierbeweging *gewild* moet zijn. Zou in het strafrecht alleen de fysieke gedraging centraal staan, dan zal de zoektocht naar de strafrechtelijk relevante oorzakelijkheid van het handelen leiden tot zinloze exercities over verklaringen van het handelen die het strafrecht niet verder helpen.²¹ Door echter te spreken van een *gewilde* beweging, wordt de handeling gekoppeld aan de psyche van de verdachte hetgeen voor het strafrecht betekent dat aansprakelijkheid voor een gedraging beperkt moet blijven tot een door de verdachte in vrijheid verrichte handeling.²²

241. Een in vrijheid verrichte handeling is volgens Glastra van Loon echter alleen mogelijk wanneer de handeling is ingebed in bestaande normen. Het handelen komt vol-

¹⁴ Zie Peters 1966, p. 34.

¹⁵ De Hullu 2006, p. 148.

¹⁶ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 161.

¹⁷ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 161.

¹⁸ Zie Nieboer 1991, p. 61, 83.

¹⁹ De Hullu 2006, p. 148.

²⁰ Van Hamel/Van Dijk 1927, p. 187.

²¹ Zie Mooij 2004a, p. 50, Peters 1966, p. 66.

²² Zie Loth 1992, p. 27, 29.

gens hem, in navolging van Wittgenstein,²³ meestal niet voort uit spontane wilsvorming. De vrijheid om te kunnen handelen wordt niet bepaald door de altijd bestaande wens iets unieks te doen, hoezeer de mens in staat is nieuwe wegen in te slaan, maar is meestal het volgen van bestaande normen. Volgens Glastra van Loon maakt het volgen van normen dat wij in vrijheid kunnen handelen. Glastra van Loon stelt namelijk:

‘Vrijheid is er dan in zulke gevallen in zoverre er een maatstaf is, waarnaar de verschillende door de situatie bepaalde mogelijkheden vergelijkenderwijs kunnen worden beoordeeld. Het gaat er dan niet om, of een bepaalde intentie of maxime als beginsel van een algemene wetgeving zou kunnen leiden, maar om de vraag, welke van een aantal mogelijkheden men behoort in te slaan. Het gaat er m.a.w. in dergelijke gevallen niet om, een *absolute* maatstaf te vinden, waarnaar gemeten vermoedelijk alle concrete beslissingen te kort schieten, maar veeleer één, waarnaar een aantal praktisch mogelijke, uitvoerbare handelwijzen in een rangorde geplaatst [kan] worden.’²⁴

Vrijheid vervalt in anarchie als het handelen niet is gericht op normen. Dat betekent dat handelingen niet op zichzelf staan. ‘Handelingen moeten worden opgevat als betekenis-eenheden van een normatief stelsel’.²⁵ Zij kunnen niet begrepen worden zonder inzicht te hebben in de norm waarop dat handelen is gericht. Er is met andere woorden een *innerlijke* verbinding tussen norm en handeling.²⁶ Op die innerlijke verbinding ben ik in het vorige hoofdstuk al ingegaan.²⁷ Zij betekent in ieder geval dat de handeling niet aan de norm ondergeschikt is. Het gevolg hiervan zou zijn dat de persoon van de verdachte buiten beschouwing wordt gelaten bij de vaststelling van het verwijt en die vaststelling alleen afhankelijk is van sociale of rechtspolitieke doeleinden en overwegingen.²⁸ Het is echter te eenvoudig te stellen dat de handeling plaatsvindt vanuit een gegeven context, zonder dat door de handeling die context zelf ter discussie kan komen te staan. De verhouding tussen norm en handeling kenmerkt zich door omkeerbaarheid, dat wil zeggen dat de handeling alleen kan worden begrepen in termen van een norm.²⁹ Tegelijkertijd betekent de omkeerbaarheid ook dat de norm alleen begrepen kan worden als ze in een handeling tot uitdrukking komt.³⁰ In de handeling wordt voor het moment van de handeling vastgesteld wat de precieze betekenis van de norm is. De handeling volgt een norm, maar stelt tegelijkertijd ook een norm.³¹

242. Uit de stelling dat de handeling alleen begrepen kan worden als zij in termen van een norm wordt omschreven, volgt niet dat elke willekeurige handeling van eender wie dezelfde betekenis heeft. Dat de handeling alleen in termen van een norm kan worden begrepen zou tot de conclusie kunnen leiden dat voor het kennen van de

²³ Wittgenstein 2002, par. 217 en 219, die stelt dat een regel (norm) *blindelings* wordt gevolgd. Het volgen van een regel is niet het kiezen van een regel, maar wordt veelal verklaard door de volgende opmerking: ‘zo handel ik gewoon’. Er wordt met andere woorden bij het verrichten van handelingen meestal niet nagedacht. Zie hierover ook Ch. Taylor 1995.

²⁴ Glastra van Loon 1987, p. 46.

²⁵ Peters 1966, p. 33.

²⁶ Zie Mooij 2004a, p. 51-52.

²⁷ Hoofdstuk 4, nr. 198.

²⁸ Loth 1988, p. 12.

²⁹ Zie Geertz 2000, p. 6-7.

³⁰ Zie Glastra van Loon 1987, p. 80.

³¹ Zie Hildebrandt 2002, p. 70.

handeling alleen maar naar de norm hoeft worden gekeken.³² Het effect van een dergelijke opvatting is dat de handeling wordt losgemaakt van het individu en geen inzicht meer wordt verkregen in de individuele positie ten tijde van de handeling.³³ Voor het vaststellen van het verwijt zou dit kunnen betekenen dat de persoonlijke achtergronden van de verdachte niet meer terzake doen. Het verwijt wordt vastgesteld op grond van een eenvoudige these: elk subject handelt in vrijheid, hij handelt in vrijheid normconform en als hij niet normconform handelt, heeft hij dat uit vrije wil gedaan en dus verwijtbaar gehandeld.³⁴

Dit miskent echter de uniciteit van elke handeling. Die uniciteit kan als volgt worden verklaard. In hoofdstuk 4 is aangegeven dat elk subject een unieke positie inneemt in de publieke ruimte. Als het subject handelt, dan handelt hij vanuit die positie. Die positie geeft hem een bepaalde, subjectieve blik op de wereld. Die subjectieve blik wordt bepaald door de positie die het lichaam in de wereld inneemt. De mens beoordeelt de wereld om hem heen niet los van dat subjectieve, of lichamelijke, perspectief, maar juist vanuit dat lichamelijke perspectief.³⁵ Dit betekent dat zijn gevoelens, verwachtingen, intenties, ideeën en dergelijke niet los van dat lichamelijke perspectief tot stand komen. Zou onze geest los van het lichamelijke perspectief staan, dan zouden de opvattingen van mensen over de wereld 'bij alle veranderingen van hun gedragingen en voorstellingen' dezelfde blijven 'als een onveranderlijk kogeltje van onverslijtbaar en vermoedelijk onzichtbaar materiaal' dat zij 'in hun lijf of geest met zich rond dragen.'³⁶

De handeling zou in een dergelijke opvatting worden gereduceerd tot een objectief waarneembare gebeurtenis, die geen inzicht geeft in de achtergronden waarom in een bepaald geval op een zekere wijze is gehandeld.³⁷ Echter, wanneer we de handeling plaatsen in het lichamelijke perspectief, dat wil zeggen bezien vanuit de positie die wij in de wereld bekleden en de wijze waarop wij vanuit die positie de wereld bezien, dan kan de handeling niet langer meer als enkel objectieve gebeurtenis worden omschreven. Begrip van de handeling betekent dan kennis te nemen van de positie van waaruit die handeling is verricht. Dat betekent dat niet alleen kennis moet worden verkregen van de norm van waaruit is gehandeld, maar ook van de positie als zodanig. Het kennen van die positie is cruciaal, omdat kennis van die positie betekent kennis van de verhouding tussen norm en handeling bij *dit* subject. Daarmee kan de handeling worden geïndividualiseerd, dus worden beoordeeld in het licht van een bepaalde persoon.³⁸

³² Zie F. de Jong 2004, p. 706-707.

³³ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 164, Loth 1992, p. 30.

³⁴ Zie Nieboer 1991, p. 153.

³⁵ Zie Hildebrandt 2002, p. 53.

³⁶ Glastra van Loon 1980, p. 11.

³⁷ Aldus kritisch Glastra van Loon 1985, p. 699.

³⁸ Zie ook Bins (1980) die stelt dat schuld primair betekent strijdigheid met een rechtsnorm, maar daarnaast nog een binnenkant kent die de rechter moet trachten te achterhalen. Letterlijk stelt ze dat 'een norm niet anders geschonden kan worden dan door een wilswaard om tegen die norm te handelen, resulterend in een gewilde daad in strijd met die norm' (p. 1). Mijns inziens is die binnenkant de identiteit van de verdachte omdat met die identiteit de relatie tussen norm en handeling kan worden uiteengezet op grond waarvan bijv. kan worden aangegeven hoe vrij het subject was te handelen. Zie nrs. 246-249 in dit hoofdstuk.

5.2.3 *Het kennen van de ander*

243. Het lichamelijke of subjectieve perspectief maakt het mogelijk om de ander te ontmoeten, omdat wij dezelfde 'lichamelijke existentie' delen.³⁹ Daarbij komt dat wij ook in staat zijn onszelf in de ander te verplaatsen. Onze positie in de wereld determineert ons niet de wereld alleen vanuit dat ene perspectief te bekijken. Dat zou betekenen dat contact met de ander niet mogelijk en niet nodig is. Het aanschouwen van de wereld waarin de mens in staat is na te denken waarom hij op een bepaalde manier handelt, is een 'sociaal gebeuren'.⁴⁰ Contact met anderen is daarin cruciaal, omdat de opvattingen van anderen bepalend zijn voor de wijze waarop de mens de wereld aanschouwt en betekenis geeft aan de dingen om hem heen. Dat wil niet zeggen dat de ander ons determineert, dat wil zeggen bepaalt hoe wij moeten handelen. De opvattingen van anderen maken juist individualiteit, en daarmee handelingsvrijheid, mogelijk. Voor dat contact met anderen is echter van belang dat de mens zichzelf kan ontstijgen. Hij is zich bewust van de positie van waaruit hij handelt en daarom in staat zich 'virtueel' los te maken 'van zijn actuele, lichamelijke positie om een werkelijkheid te ontsluiten die niet meer egocentrisch gestructureerd is'.⁴¹ Het ontsnappen aan het eigen egocentrische perspectief is mogelijk als wij in staat zijn ons te denken in een gemeenschap van mensen en de ander als gesprekspartner willen erkennen.⁴²

244. De vraag is nu wat voor soort gesprekspartner de ander in het recht is. In het strafrecht wordt gepoogd de ander te ontmoeten doordat de rechter verplicht is bij de vaststelling van het verwijt de persoonlijke achtergrond van de verdachte in zijn oordeel te betrekken. Er moet met andere woorden een zekere gevoeligheid voor hem zijn. Die verdachtegerichtheid betekent volgens sommige auteurs dat bijvoorbeeld met zijn culturele achtergrond rekening moet worden gehouden.⁴³ De ontmoeting met de ander als gesprekspartner is dus met een ander met een bepaalde contingente achtergrond. Andere auteurs zien die ontmoeting echter beperkter. Dat met de persoonlijke achtergrond van de verdachte rekening moet worden gehouden zegt volgens Rutten nog niets over de vraag hoe en de mate waarin de strafrechter met culturele achtergronden rekening kan houden.⁴⁴

Maris stelt bijvoorbeeld dat de discussie over de persoon van de verdachte moet worden beperkt tot pathogene kwesties, geen culturele.⁴⁵ In de publieke sfeer kan volgens hem bij volwassene ervan worden uitgegaan dat zij uit vrije wil handelen. Elke beperking van de vrije wil is een pathogene, geen culturele kwestie. Culturele kwesties horen wat Maris betreft niet in de publieke ruimte maar in de private sfeer thuis. Als culturele kwesties wel tot de publieke sfeer zouden horen, wil dat overigens niet zeggen dat altijd in positieve zin met de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte rekening wordt gehouden. In de Nederlandse discussie over eerwraak zien we dat de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte op een specifieke ma-

³⁹ Zie Hildebrandt 2002, p. 53. Zie ook Parekh 2000, p. 117 die spreekt van een 'shared psychical and mental structure' (p. 116, 117). De mens heeft een 'natuur' die hen 'a potency for action' geeft en 'a tendency to behave in a certain way, and to be subject to certain constitutional limitations.'

⁴⁰ Zie Hildebrandt 2002, p. 65.

⁴¹ Hildebrandt 2002, p. 54.

⁴² Zie Glastra van Loon 1985, p. 698, 't Hart 1995, p. 33.

⁴³ Zie Boksem en Kromdijk 2000, p. 7, Vergouw 2000, p. 651, W. Huisman 1995, p. 84-85, 87.

⁴⁴ Rutten 2001, p. 298.

⁴⁵ Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1709, 1711.

nier wordt meegenomen. De dader wordt vanwege het culturele delict dat hij heeft gepleegd gezien als gevaarlijk, die niet alleen schade toebrengt aan het slachtoffer, maar ook de maatschappij. Hij ondermijnt de geldende normen en de stabiliteit van de gemeenschap en belemmert een voorspoedige integratie van hemzelf en van zijn omgeving.⁴⁶ Hoewel rekening wordt gehouden met de persoon van de verdachte, is de wijze waarop nadelig voor de verdachte en gezien de koppeling van gevaarlijkheid aan cultuur, voor de groep waaruit de verdachte afkomstig is. Immers, doordat verdachtes gevaarlijkheid wordt afgeleid uit zijn cultuur, is het een kleine stap de hele cultuur als gevaarlijk te betitelen.

245. In het eerste voorbeeld is de benadering van de persoon van de verdachte in de publieke ruimte beperkt tot een benadering met de mens als rechtssubject, in het tweede geval is zij bij voorbaat gebaseerd op een bepaald vooroordeel. Het tweede geval laat mijns inziens in ieder geval zien dat de mens in het recht gezien moet worden als rechtssubject, waarin hij nooit helemaal gevat kan worden. Rechtssubjectiviteit biedt hem een masker op basis waarvan hij zich in vrijheid kan ontwikkelen, zonder inmenging van de staat.⁴⁷ Dat voorkomt dat de staat hem een bepaald label opplakt op basis waarvan hij in het vervolg wordt benaderd. Rechtssubjectiviteit moet echter niet worden opgevat als de onmogelijkheid om in de publieke ruimte op basis van een bepaalde culturele achtergrond met anderen te handelen, maar is de ‘mogelijkheidsvoorwaarde voor het ontstaan en ontwikkelen van individualiteit’.⁴⁸ Het masker dat het rechtssubject de mens biedt moet voorkomen dat hem een bepaalde individualiteit door de staat wordt opgedrongen. Allochtonen zijn dan niet per definitie gevaarlijk, moslims niet per definitie fundamentalistisch. Dat label mag de mens niet door de staat worden opgeplakt. Het tegenhouden van labeling is een aspect dat uit negatieve vrijheid voortvloeit.⁴⁹ Die vrijheid creëert een sfeer waarin het subject zijn eigen persoonlijkheid mag ontwikkelen, zonder inmenging van de staat. De staat mag wel ingrijpen als de effecten van die persoonlijkheid nadelig zijn voor de staat of voor derden. Maar daarvoor in de plaats mag de staat geen persoonlijkheid opdringen. Gedwongen culturele assimilatie is immers onacceptabel.⁵⁰

5.2.4 *Het belang van identiteit voor de aanwezigheid van het strafrechtelijke verwijt*

246. Uit de vorige paragraaf vloeit voort dat de ontmoeting met de ander niet een ontmoeting is met een persoon die dezelfde gemeenschappelijke identiteit deelt als de persoon die hem aanspreekt, maar een persoon met een andere identiteit en daarmee samenhangende culturele achtergrond. Kennis van de identiteit van de verdachte is voor vaststelling van verwijtbaarheid van groot belang. ‘De schuldrelatie is een identiteitsrelatie’, stelt Rummelink in navolging van Jonkers.⁵¹ De vaststelling van het verwijt is namelijk op de mens gericht. Het gaat erom vast te stellen of een verdachte in vrijheid een strafbaar feit heeft gepleegd. Anders gezegd, de vaststelling van de handeling wordt vertaald naar *deze* verdachte en betekent dan ook een zoektocht naar de betekenis van *zijn* handeling.⁵² Daarbij gaat het niet alleen om het beoordelen van het verwijt

⁴⁶ Zie hoofdstuk 2, nrs. 55-56.

⁴⁷ Zie 't Hart 1997, p. 303-304.

⁴⁸ Hildebrandt 2002, p. 65.

⁴⁹ Zie hoofdstuk 4, nr. 214.

⁵⁰ Zie hoofdstuk 3, nr. 163.

⁵¹ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 197, Jonkers 1984, p. 8.

⁵² Zie F. de Jong 2004, p. 699.

op het moment van handelen, maar het zoeken naar het verwijt wordt mede in een bredere historie geplaatst.⁵³ Het verwijt wordt aannemelijk gemaakt met inachtneming van de positie die de betreffende verdachte inneemt in de samenleving, waarbij diens verhouding tot de in de handeling tot uitdrukking komende sociale normen centraal staat. Daarbij gaat het niet om de aanwezigheid van het verwijt op een bepaald geïsoleerd moment.⁵⁴ Of er sprake is van verwijt moet aannemelijk worden gemaakt door a) kennis te hebben van de handeling, b) de normen die in die handeling tot uitdrukking zijn gekomen, c) de individuele verhouding tot die normen en d) de vrijheid om anders te kunnen handelen.

De vaststelling van het verwijt is dan een poging het proberen te begrijpen van de handeling in het licht van de persoon van de verdachte. Het gaat daarbij vooral om het kunnen beantwoorden van c) en d), omdat voor aannemelijkheid van het verwijt juist die persoonlijke relatie tot de norm die is geschonden aan de orde is. Voor schuld is niet voldoende dat er een normschending door een handeling is, maar er moet sprake zijn van een *persoonlijk* verwijt. Daarvoor is het nodig inzicht te krijgen in de identiteit van de verdachte. Kennis van de identiteit is toegang tot de redenen van het handelen.⁵⁵ Inzicht in de identiteit van de verdachte helpt namelijk de verhouding tot normen te duiden. Dat inzicht maakt het mogelijk aan te geven of de verdachte in vrijheid heeft gehandeld. Van een verdachte uit wiens identiteit blijkt dat hij bepaalde normen als vanzelfsprekend volgt en waarvan de hem ten laste gelegde handelingen uitdrukking zijn van die normen zou wel eens niet in vrijheid kunnen hebben gehandeld. Dat is voor de bepaling van het verwijt van groot belang. Immers, als inderdaad blijkt dat de verdachte niet in vrijheid heeft gehandeld, kon hij dan anders handelen?

247. Identiteit kan op verschillende manieren worden omschreven. Ze kan worden gezien als het streven naar (volledige) onafhankelijkheid van het individu ten opzichte van de ander. Het ontwikkelen van een identiteit is dan het vormen van individuele soevereiniteit (in de zin van: totale en absolute autoriteit over het eigen leven) waarop niemand invloed heeft.⁵⁶ De identiteit die het resultaat is van deze vorming is 'onveranderlijk'.⁵⁷ Een identiteit is dan een set van feiten die bepaalt wie we zijn, 'als een set van feiten die ons handelen voorafgaat en *leidt*' en waarin ons wordt uitgelegd hoe we zouden moeten handelen.⁵⁸ De identiteit op basis waarvan we dan handelen zou ons aan de ene kant volkomen vrijheid geven (want ongebondenheid ten opzichte van anderen).⁵⁹ Maar die ongebondenheid maakt ons in het dagelijks handelen zo star, omdat elke nieuwe ervaring geen verrijking is voor wie we zijn (voor onze identiteit dus),

⁵³ Zie Mooij 2004a, p. 33.

⁵⁴ Zie Buruma 1998, p. 5.

⁵⁵ Zie Glastra van Loon 1994, p. 24, Foqué 2005, p. 1141.

⁵⁶ Zie Markell 2003, p. 10-11.

⁵⁷ Zie Glastra van Loon 1980, p. 11, 14.

⁵⁸ ...'and indeed as a set of facts which both precedes and *governs* our action' (Markell 2003, p. 12).

⁵⁹ Zie Berlin (2002, p. 178) die spreekt van 'the desire to be governed by myself' en de wens 'my life and my decisions to depend on myself; not on external forces. I wish to be the instrument of my own, not of other men's acts of will.' De Hert en Gutwirth (2005b, p. 744-745) stellen dat deze positie een waar-schuwing is voor te makkelijke controle over identiteitsvorming door de staat of derden. De kans kan bestaan dat de staat bepaalt hoe wij ons leven moeten leiden en welke beslissingen daarin de juiste zijn. Die waarschuwing zal ik in paragraaf 5.4 ter harte nemen, maar daarmee is niet gezegd dat de positie van Berlin over identiteitsvorming beter is. Wat nodig is, is garantie voor het respect voor de wijze waarop anderen hun identiteit vormen en daarmee hun leven richting geven.

maar een bedreiging vormt voor de onveranderlijke identiteit die we ooit in ons eentje hebben omschreven.

In plaats daarvan moeten we de ontwikkeling van een identiteit zien als een voortdurend proces, waarin we samen met anderen onze identiteit vormen.⁶⁰ Het vormen van een identiteit is een proces waarin wij onszelf de vraag stellen 'Wie ben ik?'⁶¹ Dat proces is geen zoektocht naar wat er altijd al was, een historisch gegeven identiteit, die is afgeleid uit een gemeenschap, die ons die identiteit geeft.⁶² Arendt omschrijft een identiteit als het resultaat van handelen en spreken in de publieke sfeer. Daarin onthult het subject zich aan anderen en toont hen wie hij is. 'In het handelen en spreken tonen mensen wie zij zijn, onthullen zij actief hun unieke persoonlijke identiteiten en verschijnen daardoor in de menselijke wereld.'⁶³ Die openbaring aan de wereld is geen handeling waarover men volledige controle heeft. Noch de mate waarin noch de personen aan wie men zich onthult is vooraf bekend. We nemen het risico ons bloot te stellen aan mensen die de openbaring niet aantrekkelijk vinden maar kunnen dit niet vermijden.⁶⁴

248. De identiteit die we vormen is ook nooit voltooid. Doordat de mens altijd in interactie staat tot anderen en het aantal anderen nooit gelijk is en zij nooit dezelfde zijn, is de interactie steeds anders van aard. Het gevolg hiervan is een telkens veranderend perspectief op wat wij doen en hoe ons handelen door anderen wordt ontvangen en beoordeeld.⁶⁵ Anders gezegd: het verhaal dat wij door ons handelen anderen vertellen is nooit een coherent, eendimensionaal verhaal. De nadruk op verhaal geeft aan dat vorming van een identiteit niet monologisch, maar dialogisch plaatsvindt. Ch. Taylor biedt hierover de volgende definiëring.

'My identity is defined by the commitments and identifications which provide the frame or horizon within which I can try to determine from case to case what is good, or valuable, or what ought to be done, or what I endorse or oppose. In other words, it is the horizon within which I am capable of taking a stand.'⁶⁶

Op de hiervoor gestelde vraag 'Wie ben ik?' is Taylors antwoord: 'Te weten wie ik ben is een aspect van te weten waar ik mij bevind.'⁶⁷ De plek waar je staat is ten eerste altijd tussen anderen. De identiteit van iemand kan niet worden vastgesteld als het individu zich niet 'onder de mensen' bevindt, interacteert met anderen.⁶⁸ Ten tweede vormt een identiteit zich altijd in een bestaand, maar telkens verder ontwikkelend 'web van intermenselijke betrekkingen'. Of, zoals Taylor het zelf stelt:

⁶⁰ Zie Arendt 1998, p. 23 (... 'action is entirely dependent upon the constant presence of others'). Zie ook Habermas 1992.

⁶¹ Zie Ch. Taylor 1989, p. 27.

⁶² Aldus ook Mooij 2004a, p. 35.

⁶³ 'In acting and speaking, men show who they are, reveal actively their unique personal identities and thus make their appearance in the human world' (Arendt 1998, p. 179).

⁶⁴ Zie Young 2000, p. 111, Arendt 1998, p. 184.

⁶⁵ Benhabib 1999, p. 345.

⁶⁶ Ch. Taylor 1989, p. 27.

⁶⁷ 'To know who I am is a species of knowing where I stand' (Ch. Taylor 1989, p. 27).

⁶⁸ 'I am only a self in relation to certain interlocutors' (Ch. Taylor 1989, p. 36).

'I am a self only in relation to certain interlocutors: in one way in relation to those conversation partners who were essential to my achieving self-definition; in another in relation to those who are now crucial to my continuing grasp of languages of self understanding – and, of course, these classes may overlap. A self exists only within what I call “webs of interlocution”.'⁶⁹

249. Een identiteit ontwikkelt zich in het handelen van subjecten in de conversatie met anderen. Deze stellingname roept drie vragen op. In de eerste plaats is de vraag wat de verhouding is tussen cultuur en identiteit als een identiteit dialogisch tot stand komt. Hoe beïnvloedt cultuur een identiteit en daarmee het handelen? Deze vraag zal ik in paragraaf 5.3 behandelen. In de tweede plaats is de vraag waarom de strafrechter bij de bepaling van het verwijt rekening moet houden met de invloed van cultuur op identiteit. Deze vraag zal ik in paragraaf 5.4 behandelen. Als het vaststelling van verwijt verband houdt met het leren kennen van een bepaalde identiteit, waarom moet de rechter die identiteit gebruiken in zijn oordeel? Boek laat zien dat de verdachte degene is die inzicht verschaft in wie hij is en wat hem bewoog, wat zijn web van interactie was, toen hij het strafbare feit pleegde.⁷⁰ Zonder de ander werkelijk te ontmoeten is vaststelling van het verwijt niet mogelijk. Maar hoe moet die ontmoeting tot stand komen en hoe kan worden voorkomen dat de strafrechter te *makkelijk* aanneemt dat de verdachte niet verwijtbaar heeft gehandeld? Immers, ook bij de vaststelling van verwijt hebben we gezien dat naar algemene maatstaven gezocht wordt om te voorkomen dat te snel ontbreken van het verwijt wordt aangenomen. Kunnen er algemene maatstaven zijn en zo ja welke zijn dat dan?

5.2.5 Conclusie

250. Verwijtbaarheid is in het materiële strafrecht de vaststelling dat de verdachte in de gegeven omstandigheden anders had kunnen handelen dan hij heeft gedaan. Kunnen verwijst naar een individuele beoordeling: kon van *deze* verdachte in *deze* omstandigheden worden gevergd dat hij niet wederrechtelijk zou handelen? Ik heb aangegeven dat het vaststellen van het verwijt bij culturele delicten de culturele achtergrond in principe kunnen worden meegewogen. In de praktijk blijkt echter dat bij de vraag of de culturele achtergrond tot de conclusie leidt dat de verdachte niet anders had kunnen handelen niet de culturele achtergrond bepalend is, maar algemene normen van betamelijkheid. Van een burger mag nogal wat worden gevergd voordat wordt erkend dat hij in de gegeven omstandigheden niet anders had kunnen handelen. Die normatieve

⁶⁹ Ch. Taylor 1989, p. 36. Zie ook Arendt 1998, p. 183, Benhabib 2002, p. 15-16. Hieronder zal ik aangeven dat cultuur ook kan worden uitgelegd als een complex van webben van verhalen die richting geven aan een individuele identiteit. Zie nrs. 262-264 in dit hoofdstuk.

⁷⁰ Zie Boek 1999. Zie ook Blok en Besier 1925, p. 138. Dat neemt natuurlijk niet weg dat een verdachte niet kan worden gedwongen een verklaring daaromtrent af te leggen. Het zwijgrecht staat daaraan in de weg. Dat maakt het vaak moeilijk bijvoorbeeld opzet of schuld (culpa) te bewijzen omdat de verklaring van de verdachte daarvoor vaak richtinggevend is (HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552). Bij een zwijgende verdachte zijn het voor het bewijs van opzet en schuld (culpa) vaak objectieve omstandigheden die opzet en schuld vaststellen. Bij het verwijt geldt dat deskundigen kunnen worden ingeschakeld om de vrije wil vast te stellen. Een verdachte die niet aan het onderzoek van de deskundigen meewerkt, zorgt ervoor dat geen inzicht in de persoon van de verdachte kan worden verkregen (zie bijv. Rb Amsterdam 26 juli 2005, LJN AU0025). Ook hier kunnen objectieve omstandigheden, zoals in de Veghelse zaak zijn toegepast, het verwijt aannemelijk maken. Hoezeer de verdachte het de rechter dus niet eenvoudig kan maken inzicht te geven in de persoon van de verdachte, is volgens mij geen argument dan maar uitsluitend op basis van objectieve factoren het verwijt aannemelijk te maken. Zie nrs. 275 e.v. in dit hoofdstuk.

of objectieve beoordeling ontkoppelt de handeling van de persoon van de verdachte en beoordeelt de handeling voornamelijk aan de hand van normen. Ik heb willen aangeven dat een dergelijke beoordeling onvoldoende is. Weliswaar kan niet worden ontkend dat de handeling moet worden bekeken in de 'context', dat wil zeggen aan de hand van normen, maar ook vanuit het besef dat de handeling plaatsvindt door een individu die op een geheel eigen manier in de wereld staat. Die geheel eigen manier wordt letterlijk zichtbaar door de unieke positie die hij fysiek (met zijn lichaam) inneemt en die hem een uniek wezen maakt. De handeling is daardoor geen zuiver objectieve gebeurtenis, maar ook een subjectieve gebeurtenis, alleen te begrijpen door ook de unieke lichamelijke positie en de daarmee verband houdende kijk op de wereld te betrekken. Daaruit volgt dat in de ontmoeting met anderen het subject zich vanuit die unieke positie toont. De mens is in het recht weliswaar rechtssubject, maar als rechtssubject worden hem de waarborgen gegeven om zichzelf te ontplooien, een eigen identiteit te vormen. Het leren begrijpen waarom iemand handelt, is te zoeken naar de achtergrond van zijn handelen. Die achtergrond wordt gevormd door zijn identiteit. Die is niet kant en klaar, maar ontwikkelt zich in het handelen met anderen en geeft hem daardoor houvast de wereld te begrijpen. De vaststelling van het verwijt, zo is dan de conclusie, waarin rekening wordt gehouden met de persoon van de verdachte betekent dan het leren begrijpen van iemands identiteit.

5.3 Identiteit en cultuur

5.3.1 *Inleiding*

251. Tot nu toe ben ik niet ingegaan op de betekenis van cultuur, behalve een aantal zijdelingse opmerkingen.⁷¹ Reden daarvoor is dat cultuur zo nauw samenhangt met identiteit en daarmee de vaststelling van verwijtbaarheid, dat bespreking pas nu tot haar recht kan komen. De bespreking van cultuur betekent geen omschrijving van cultuur. Cultuur heeft verschillende betekenissen,⁷² maar mijns inziens wordt cultuur pas belangrijk op het moment dat op basis van een cultuur wordt gehandeld.⁷³ Het gaat erom aan te geven hoe belangrijk cultuur voor het inrichten van iemands leven is en hoe dat in het handelen van een individu tot uitdrukking komt. In de literatuur worden drie visies gebruikt, een essentialistische, een constructivistische en een gematigd constructivistische visie op cultuur. De verschillende visies zal ik in deze paragraaf bespreken. Aan de hand van voorbeelden zal duidelijk worden gemaakt hoe ze in het strafrecht tot uitdrukking komen. Het doel van deze paragraaf is te zoeken naar een zo goed mogelijke interpretatie van cultuur die recht doet aan de wijze waarop cultuur het handelen beïnvloedt.

5.3.2 *Een essentialistische visie op cultuur*

252. In hoofdstuk 3 zijn bij de behandeling van cultureel verweer verschillende Amerikaanse strafzaken genoemd waarin rekening werd gehouden met de culturele achtergrond van de verdachte. In de zaak tegen Dong lu Chen bijvoorbeeld schetste een

⁷¹ In bijvoorbeeld hoofdstuk 2, nr. 90, hoofdstuk 3, nr. 123, hoofdstuk 4, nr. 197.

⁷² Zie hoofdstuk 3, nr. 147 waar ik, om een voorbeeld te noemen, sprak van cultuur en Cultuur. Wiersinga stelt dat er vele tientallen omschrijvingen van het begrip cultuur bestaan. Zie Wiersinga 2002, p. 33.

⁷³ Zie Geertz 2000, p. 5. 'if you want to understand what a science is, you should look in the first instance not at its theories or its findings, and certainly not at what its apologists say about it; you should look at what the practitioners of it do.' Zie ook Tempelman 1999a, p. 71.

deskundige de Chinese cultuur ten aanzien van overspel.⁷⁴ Kern van zijn betoog was dat bij overspel door de vrouw de man verplicht is te handelen en zijn vrouw behoort te doden. Dat is noodzakelijk om zijn mannelijkheid te verzekeren, in aanzien te blijven bij de groep, maar ook om voor de toekomst een bruidegom te vinden voor zijn dochters. Dat in China overspelige vrouwen uiteindelijk overigens niet om het leven worden gebracht, komt doordat de groep de man ervan weerhoudt zijn vrouw te doden. Chen woonde echter in New York waar de groep hem er niet van kon weerhouden zijn vrouw te doden. Hij had dus geen andere keus. De bevindingen van de deskundige werden door de rechter zonder nadere discussie overgenomen. Volgens de rechter was niet alleen zijn vrouw, maar vooral Chen het slachtoffer van het feit dat hij niet in vrijheid kon bepalen of hij zijn vrouw om het leven moest brengen. Zijn cultuur besliste voor hem. In termen van Bonny Honig: 'My culture made me do it'.⁷⁵ Van handelingsvrijheid was hier dus geen sprake.

253. De rechter hanteerde in de zaak tegen Chen een bepaalde interpretatie van cultuur. Het kenmerk van deze interpretatie is de dwingende relatie tussen cultuur en handelen. Als de cultuur een bepaalde norm inhoudt die bijvoorbeeld stelt dat bij overspel de man zijn vrouw om het leven moet brengen, kan de man niets anders doen dan die norm te volgen. Hij doet dat niet uit vrije wil, maar omdat de norm hem verplicht te handelen. Deze dwingende relatie tussen cultuur en handelen komt tot uitdrukking in een essentialistische visie op cultuur. Kenmerkend voor deze visie op cultuur is dat cultuur een 'ding' is dat mensen hebben, of waarvan zij lid zijn en die in overheersende mate bepaalt hoe de leden van een cultuur moeten handelen.⁷⁶ In hoofdstuk 3 werd in dit verband gesproken van enculturatie: het handelen is altijd gebaseerd op bepaalde culturele normen die niet worden gevolgd omdat men daarover diepgaand heeft nagedacht, maar omdat men altijd zo handelt en er geen mogelijkheden bestaan om op een andere wijze te handelen.⁷⁷ Als ding staat cultuur los van de menselijke interactie. Zij handelen op basis van hun cultuur, maar cultuur zelf staat in dat handelen niet ter discussie en kan door het handelen ook niet worden bijgesteld. Cultuur krijgt hierdoor 'een transcendentiaal karakter' waarvan 'het denken zich *a priori* bedient zonder dat zij aan zintuiglijke waarneming [is] ontleend'.⁷⁸ Een cultuur bepaalt hoe mensen hun leven inrichten en geeft hen een omvattende visie op de werkelijkheid. In een essentialistische visie is er ook sprake van lidmaatschap van één cultuur die is gelijkgesteld met een duidelijk afgebakende gemeenschap. Een cultuur is een totaliteit van ideeën, representaties, geloof en gedrag.⁷⁹ Identiteit is in deze opvatting gekoppeld aan cultuur, die de plaats van het subject determineert in een bepaalde ruimte zonder dat daarover verder kan worden gediscussieerd.⁸⁰

254. De relatie tussen cultuur, identiteit en handelen kan hier aan de hand van het werk van Taylor nader worden uitgelegd. Hij geeft aan dat een identiteit door het samenhandelen wordt gevormd. Een identiteit is weliswaar geen kant en klaar gegeven, maar vormt zich in een web van interacties dat ons in staat stelt de ander te ontmoeten

⁷⁴ Hoofdstuk 3, nr. 118.

⁷⁵ Honig 1999. Zie ook Tigchelaar 2000.

⁷⁶ Zie Tempelman 1999b, p. 72-73, Baumann 1997, 212, Baumann 1999, p. 26.

⁷⁷ Hoofdstuk 3, nr. 123.

⁷⁸ Van Binsbergen 1999, p. 6.

⁷⁹ Zie Wicker 1997, p. 31.

⁸⁰ Zie Tully 1995, p. 13.

maar biedt ons ook een kader op basis waarvan onze identiteit kan worden gevormd. Taylor vertaalt het web van interacties naar een bepaalde groep, een *Volk*,⁸¹ dat het handelen van subjecten betekenis geeft en waarin zij een volwaardige identiteit kunnen vormen. Zonder groep is identiteitsvorming niet mogelijk. Een groep is zelfs zo belangrijk dat wanneer zij (en de daarin bestaande webben van verhalen) ontbreekt zij een 'beschadigde' menselijke persoon oplevert. Dat zou funest zijn.⁸² Om dit argument kracht bij te zetten wijst Taylor op het concept *sterke evaluaties*. Sterke evaluaties bevatten 'bepalingen van goed of fout, beter of slechter, hoger of lager, die niet valide worden geacht op basis van onze eigen verlangens, lusten of keuzes, maar in plaats daarvan onafhankelijk daarvan bestaan en een standaard kunnen geven' voor ons handelen.⁸³ De reacties die wij geven op ontwikkelingen waarmee wij worden geconfronteerd zijn instinctieve reacties die zijn gevormd door de cultuur waarin wij zijn opgegroeid.⁸⁴ In het handelen is het nauwelijke mogelijk te ontsnappen aan sterke evaluaties. Sterke evaluaties geven een enkelvoudig beeld van de morele ruimte waarin wij ons oriënteren en waarin die oriëntatie voor elk subject in die ruimte gelijk is. Duidelijk is dit bijvoorbeeld in de wijze waarop hij over de Canadese deelstaat Quebec en de Quebecois spreekt, 'als ging het hier om een fysieke en psychologische eenheid.'⁸⁵ Sterke evaluaties bieden ons een set van weliswaar veranderlijke, maar toch vooral zoveel mogelijk uniforme waarden.⁸⁶ Taylor ontkent weliswaar niet de veranderlijkheid van sterke evaluaties, maar is er ook niet enthousiast over omdat veranderlijkheid betekent dat het subject zijn positie in de wereld niet kan bepalen en zich daardoor niet in staat zou zijn hoe hij in bepaalde situaties moet handelen.⁸⁷ Het liefst ziet Taylor die sterke evaluaties dus als zo onveranderlijk mogelijk en vooral ook zo duidelijk mogelijk ingebed in een bepaalde gemeenschap. Het handelen wordt dan ook gestuurd door sterke evaluaties die met een groep worden vereenzelvigd, met als gevolg dat het individu zijn eigen ontwikkeling (zijn identiteitsvorming) altijd zal moeten laten afhangen van de waarden van een groep. Die groep wordt vereenzelvigd met een bepaalde cultuur (groep en cultuur zijn synoniemen) die een afgebakend geheel vormt en kan worden omschreven op grond van bepaalde kenmerken. Een cultuur vormt in deze visie dan een 'pakketje' dat duidelijk van andere pakketjes te onderscheiden is op grond van uiterlijke (zoals taal en gewoonte) en innerlijke (normen en waarden) kenmerken.⁸⁸

255. Wat betekent een essentialistische visie op cultuur voor het strafrecht? Ik heb aangegeven dat voor aannemelijkheid van verwijtbaarheid de dader in vrijheid moet hebben gehandeld. Er moet sprake zijn van een vrije wil. Is die vrije wil aanwezig op het moment dat het subject is ingebed in een bepaalde cultuur, die volledig richting geeft aan het leven dat wij moeten leiden? Wanneer we de zaak tegen Dong lu Chen erbij pakken blijkt dat de rechter aannemelijk achtte dat Chen niet in vrijheid heeft gehandeld. De normen op basis waarvan hij handelde, beperkte in dermate grote mate

⁸¹ Ch. Taylor 1994, p. 31.

⁸² Ch. Taylor 1989, p. 27.

⁸³ ...'discriminations of right or wrong, better or worse, higher or lower, which are not rendered valid by our own desires, inclinations, or choices, but rather stand independent of these and offer standards' (Ch. Taylor 1989, p. 4).

⁸⁴ Zie Hildebrandt 2002, p. 72.

⁸⁵ B. van Leeuwen 2001, p. 264.

⁸⁶ Zie Ch. Taylor 1989, p. 42. Over primaire waarden, zie hoofdstuk 3, nr. 180.

⁸⁷ Ch. Taylor 1989, p. 28, 29.

⁸⁸ Voor cultuur als pakketje, zie Roosens 1998, p. 21. Zie Ch. Taylor 1994, p. 58-59.

de vrijheid om keuzes te maken, te reflecteren over de consequenties van zijn voorgenomen handelen, dat het gedrag hem niet (volledig) kon worden verweten. Nu moet worden opgepast te stellen dat het volgen van bepaalde normen dus automatisch leidt tot het niet kunnen aannemen van verwijtbaarheid. Daarvan kan geen sprake zijn. Een essentialistische visie op cultuur gaat daarvan echter wel uit, nu het ernaar uitziet dat het handelen zo wordt gedetermineerd door de aanwezige cultuur, dat het volgen van normen meer is een dan een automatisme, maar moet worden gezien als een verplichting waar met niet onderuit kan komen. Doet men dat wel, dan verwijderd men zich van de groep waarvan men lid is, wat er weer toe leidt dat het vormen van een identiteit verder niet mogelijk is. Dat zou immers funest zijn.

256. Maar is het inderdaad zo dat individuen zich volledig laten leiden door de normen van één groep en die normen zelf niet ter discussie kan stellen? Het antwoord op die vraag is negatief. In de eerste plaats is het probleem dat de cultuur die onze identiteit vormt wordt gereduceerd tot een eenvoudige, onveranderlijke set van normen.⁸⁹ Deze reductie heeft twee problemen. Allereerst leidt zij tot het ontkennen van een diversiteit aan opvattingen over cultuur binnen een cultuur en de beïnvloeding van een cultuur door andere culturen.⁹⁰ Diversiteit binnen culturen en tussen culturen in een bepaalde geografisch afgebakende gemeenschap wordt als een gevaar opgevat met als risico dat de vreemdeling wordt uitgesloten en de variëteit aan opvattingen binnen groepen wordt ontkend en zelfs bestreden.⁹¹ Binnen een democratische rechtsstaat, die een diversiteit aan opvattingen centraal stelt, is een dergelijke situatie onaanvaardbaar. Zij sluit personen immers buiten het publieke debat want stelt hen niet in staat hun eigen opvattingen naar voren te brengen, omdat zij zogenaamd de ‘verkeerde’ cultuur aanhangen. Daarnaast leidt deze reductie in de strafpraktijk tot problematische situaties. De beoordeling van de handeling vindt niet plaats door de handeling zelf te onderzoeken en de omstandigheden waaronder zij plaatsvond, maar de handeling moet een kopie zijn van de norm waarnaar de handeling verwijst.⁹² De norm is duidelijk omschreven, elke afwijking van de norm is geen handeling die binnen de betreffende cultuur past, waardoor niet hoeft worden nagegaan of de handeling in vrijheid is gepleegd.⁹³ Het effect hiervan is dat elke ontwikkeling over cultuur in het handelen van subjecten wordt afgewezen (alles staat bijvoorbeeld in een boek) en de verdachte geen invloed heeft op de omschrijving van ‘zijn’ cultuur. Voor een omschrijving is de verdachte

⁸⁹ Zie Tempelman 1999b, p. 75.

⁹⁰ Zie Baumann 1997, p. 212, Carens 2000, p. 54–56.

⁹¹ Zie Birnbaum 1996, p. 41–42. Zie ook Rorty 1994, Dumm 1994. Birnbaum stelt dat naties zich zo sterk zullen focussen op hun eigen cultuur dat zij diversiteit als een bedreiging zien voor de eenheid van de natie. Niet alleen immigranten zullen daardoor gedwongen worden zich aan te passen, maar alle minderheden, zoals homoseksuelen, religieuze sektes enz. In veel sterkere bewoordingen spreekt Modood hier van cultureel racisme. Dat is natuurlijk niet wat Taylor beoogt, maar volgens Modood wel de consequentie van dergelijk denken kan zijn als involdoende wordt doorgedacht wat naties kunnen doen om zich van culturele diversiteit in de natie te ontdoen. Zie Modood 1997. Zie in minder sterke bewoordingen maar wel met dezelfde strekking Tempelman 1999a, p. 28, 29.

⁹² Zie Baumann 1999, p. 26.

⁹³ Dit zagen we in een vonnis van de rechtbank Haarlem (9 mei 2001, *IJN* AB1503) waarin de rechtbank moest beoordelen of sprake was van eerwraak. De rechtbank gebruikte hiervoor een stappenplan dat zij in een boek had gevonden (Van Eck 2001a, p. 85–88). Opmerkelijk was dat de deskundige, de auteur van het boek, stelde dat er sprake was van eerwraak. De rechtbank oordeelde van niet, omdat aan de hand van het stappenplan was gebleken dat de verdachte anders had gehandeld dan het stappenplan aangeeft. Dat dit vonnis (ook in Haarlem) een uitzondering is toont Rb Haarlem 20 december 2004, *IJN* AR7822 aan.

eerder een sta-in-de-weg, omdat hij het beeld van zijn cultuur kan vertroebelen en zo het oordeel van de rechter (ernstig) kan bemoeilijken.

In de tweede plaats is een probleem dat van de veronderstelling wordt uitgegaan dat een identiteit zich op basis van één cultuur vormt. Het handelen vindt echter niet plaats op basis van een gegeven cultuur, maar is vaak afhankelijk van wisselende en soms zelfs tegenstrijdige culturen die elk een context voor het handelen proberen te geven.⁹⁴ Het is uit deze verschillende contexten die we niet altijd voor het kiezen hebben waarvan het individu een eigen identiteit ontwikkelt.⁹⁵ De nadruk op de natie als de enige context die een referentiekader biedt voor identiteitsontwikkeling, gaat uit van een holistische visie op cultuur.⁹⁶ Het handelen vindt echter zijn oorsprong niet in één cultuur.

'[C]ultural practices are not homogeneous wholes; they are constituted through the narratives and symbolizations of their members, who articulate these in the course of partaking of complex social and significant practices. Cultural practices rarely reach the level of coherence and clarity that a theorist, as opposed to a practitioner, can tease out of first-level articulations and engagements.'⁹⁷

Mensen vormen hun identiteit weliswaar op basis van gegeven, maar niet onveranderlijke culturen. Individuen zijn in staat een eigen identiteit te ontwikkelen op basis van verschillende verhalen en kunnen daarvan een eigen coherent levensverhaal maken. Deze (hybride) identiteit is niet onvolwaardig omdat zij niet op basis van 'sterke evaluaties' zou zijn ontwikkeld. Dat zou de suggestie wekken dat identiteiten die op basis van meerdere culturen is ontwikkeld 'historisch' onjuist zijn, in de zin dat zij niet corresponderen met het ideaal van een cultuur. Gowricharn stelt terecht dat niet het (opgedrongen) historische ideaal, maar de concrete interpretatie van cultuur en daarbij behorende normen als vertrekpunt moeten worden gekozen van de benadering van mensen, omdat die recht doet aan de wijze waarop zij hun leven vorm geven.⁹⁸ Dat betekent ook dat niet automatisch de handelingsonvrijheid op basis van een gegeven cultuur moet worden bepaald, maar die (mede) in het licht van de persoon van de verdachte moet worden vastgesteld.

257. Het voorgaande neemt niet weg dat handelingsvrijheid niet zonder normen kan plaatsvinden.⁹⁹ Zou het handelen niet aan normen (van een bepaalde cultuur) zijn gebonden, dan heeft het handelen geen richting en ontstaat totale anarchie. Dat het handelen aan normen is gebonden beperkt altijd onze wilsvrijheid.¹⁰⁰ Als we de wil hebben om honderd kilometer per uur hard te lopen, zal deze wens om iets totaal nieuws te doen (niemand is dat immers ooit gelukt)¹⁰¹ niet kunnen worden gerealiseerd. Het is immers fysiek onmogelijk om zo hard te lopen. Ook in het dagelijks leven wordt niet van ons gevraagd het onmogelijke te doen. We hoeven niet de twaalf werken van Herakles uit te voeren. Het strafrecht geeft daar ook blijk van. Bij de beoordeling van het

⁹⁴ Zie Walker 1997, p. 217-219, Baumann 1999, p. 84-85.

⁹⁵ Zie Benhabib 1999, p. 344-345.

⁹⁶ Zie Benhabib 2002, p. 65.

⁹⁷ Benhabib 2002, p. 61.

⁹⁸ Gowricharn 2002, p. 19.

⁹⁹ Zie nr. 241 in dit hoofdstuk.

¹⁰⁰ Zie Mooij 2004a, p. 94-95.

¹⁰¹ Zie Arendt 1998, p. 234.

verwijt wordt nagegaan of de verdachte *in de gegeven omstandigheden* iets anders had kunnen doen.¹⁰² Het gaat er dan om of de verdachte de vrijheid had niet wederrechtelijk te handelen. Zou verwijtbaarheid worden beoordeeld op basis van de wilsvrijheid dan zou de beoordeling worden losgekoppeld van de positie waarin de verdachte zijn handeling verrichtte. Beoordeling van het verwijt op basis van *handelingsvrijheid* betekent dat de vraag in hoeverre de verdachte verwijtbaar heeft gehandeld, op basis van de omstandigheden van de handeling moet worden beoordeeld. Wanneer we kijken naar psychische overmacht blijkt zulks ook het geval te zijn. De verdachte moet *in redelijkheid* geen weerstand hebben kunnen bieden. Die redelijkheid kan ertoe bijdragen dat inzicht wordt verschaft in de mogelijkheden die deze verdachte had weerstand te kunnen bieden.¹⁰³ Dat betekent, tot slot, niet dat de verdachte stevast kan zeggen ‘my culture made me do it’ maar wel dat hij kan verlangen dat de rechter inzicht probeert te krijgen in zijn persoonlijke achtergrond, zonder die achtergrond (zoals zijn cultuur) te verabsoluteren.

5.3.3 Een constructivistische visie op cultuur

258. Tegenover een essentialistische visie op cultuur staat een constructivistische. Deze visie op cultuur gaat uit van het besef dat cultuur geen complex ‘geheel’ is, dat zich manifesteert in ‘gefixeerde sociale structuren, stereotype denkpatronen, handelingen en geloof (cultuur als patroon, matrix, stencil of filter).’¹⁰⁴ In een constructivistische visie wordt cultuur opgevat als een product van politieke constructie. Cultuur is niet iets wat mensen hebben, wat voordat mensen met elkaar handelen al bestaat en zij kunnen oppakken en kunnen omarmen, maar wat zich in hun handelen vormt.¹⁰⁵ Cultuur en culturele normen ‘zijn veeleer het veranderlijke en onoverzichtelijke resultaat van voortdurende processen van sociale interactie en definitie.’¹⁰⁶ Culturele normen hebben dan ook op verschillende tijden en plaatsen een wisselende betekenis. Dat betekent dat cultuur geen ‘rustig bezit’ is; de ontwikkeling van een cultuur kenmerkt zich door onrust en contradictie.¹⁰⁷ Het grote verschil met een essentialistische visie op cultuur is met andere woorden dat cultuur zich in het handelen vormt en niet vooraf gegeven is. Van even groot belang is dat voor een onderzoek naar cultuur niet de cultuur, maar het handelen moet worden onderzocht.

Het is voor de onderzoeker zaak om zich van de onrust te vergewissen en niet zozeer te zoeken naar de inhoud van een cultuur. Die inhoud is immers zo veranderlijk dat daarover vaak geen eensluidende conclusies kunnen worden getrokken. De onderzoeker moet onderzoeken de wijze waarop leden van een cultuur betekenis toekennen aan culturele normen en wie over die betekenis-toekenning macht heeft. Een kenmerk van een constructivistische benadering van cultuur is te zoeken naar de wijze waarop taal, tradities, historische gebeurtenissen en dergelijke (neerbuigend weleens het ‘culturele spul’ genoemd) worden gebruikt om groepen af te bakenen ten opzichte van andere groepen. De essentie van culturele identiteiten ligt volgens de antropoloog Barth niet in de inhoud (tradities, taal en dergelijke) maar in de grenzen die groepen ten op-

¹⁰² Zie De Hullu 2006, p. 283-284, Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 298.

¹⁰³ Zie in algemene zin Young 1995, p. 51-53.

¹⁰⁴ ...‘fixed social structures, in stereotypical patterns of thought, action and beliefs (culture as pattern, as matrix, as stencil, or as filter)’ (Wicker 1997, p. 32).

¹⁰⁵ Zie Brightman 1995, p. 512-513.

¹⁰⁶ Tempelman 1999a, p. 74.

¹⁰⁷ Zie Brightman 1995, p. 517.

zichte van anderen trekken.¹⁰⁸ Door middel van het trekken van grenzen wordt getracht een collectieve identiteit te ontwikkelen die 'het eigen volk een uniek (vaak mythologisch) verleden biedt, een onvervangbare roeping voor de toekomst.'¹⁰⁹ Taal, tradities, historische gebeurtenissen, zelfs bepaald voedsel wordt gebruikt als 'identity marker'. Dat zijn de 'tekens die mensen gebruiken om zichzelf en anderen aan te duiden in termen van de groep waar ze bij horen en om deze te onderscheiden van andere groepen.'¹¹⁰

259. In kritische zin wordt het concept identity marker gebruikt om aan te tonen dat individuen en groepen tradities gebruiken als middel tot 'strategische manipulatie'. Gans spreekt in dit verband van 'symbolische etniciteit'.¹¹¹ Cultuur en het gebruik van cultuur hebben dan niets te maken met een diep gevoelde overtuiging op basis van de betreffende cultuur te moeten handelen: tradities worden gebruikt om 'macht en privilege te legitimeren of als uitlaadklep voor frustratie.'¹¹² Een dergelijke interpretatie kan zelfs zover gaan, dat het concept cultuur – omdat het nauw verbonden is met essentialisme – zou moeten worden afgezworen.¹¹³ In plaats van het gebruiken van een concept dat volgens constructivisten te zeer verbonden is met de idee van een wereldwijde mozaïek van netjes naast elkaar liggende culturen moet worden erkend dat de wereld open is. Culturen groeien naar elkaar toe, wat enerzijds tot uniformering van bepaald handelen leidt (bijvoorbeeld in eetgewoonten, wat *McDonaldisering* wordt genoemd met als resultaat *McWorld*),¹¹⁴ maar anderzijds ook tot hybridisering van culturen.¹¹⁵ Hybridisering betekent dat mensen geen kant en klaar gevormde cultuur tot hun beschikking hebben om daarmee een identiteit te vormen, maar zij steeds vaker en intensiever in contact komen met andere culturen en daarmee samenhangende interpretaties van de werkelijkheid die zij vervolgens tot de hunne maken. De vorming van een nieuwe, eigen (vaak individuele) logica van de wereld om ons heen op basis van diverse soms zelfs zeer verschillende bronnen wordt als destabiliserend ervaren.¹¹⁶ Maar door constructivisten wordt aangegeven dat dit de manier is waarop mensen tegenwoordig hun identiteit vormen.¹¹⁷ Mensen schikken zich niet in een bestaand kader, maar zoeken (vaak selectief) aspecten van bestaande kaders op basis waarvan zij een geschikte identiteit kunnen vormen.¹¹⁸ Dat betekent niet dat groepen verdwijnen, al is Çağlar die mening toegedaan, wel dat de samenstelling van groepen telkens wisselt en groepsbinding iemand op een bepaald moment goed kan uitkomen om vervolgens net zo eenvoudig daaruit te stappen. Een hybride identiteit leidt tot het niet meer vanzelfsprekend aan één groep willen binden, maar tot het kiezen van de groep die op dat moment het beste uitkomt. Die binding kan een volledige overgave zijn, maar ook een selectieve keuze van groepsnormen inhouden.

¹⁰⁸ Zie Barth 1969, p. 15.

¹⁰⁹ Roosens 1998, p. 187.

¹¹⁰ Tempelman 1999b, p. 74.

¹¹¹ Gans 1979.

¹¹² ...'to legitimise power and privilege or to vent frustration' (Hanf 1995, p. 47).

¹¹³ Zie kritisch Werbner 1997.

¹¹⁴ Zie Barber 2003.

¹¹⁵ Hybridisering wordt ook wel creolisering genoemd. Zie over deze begrippen Kapchan en Strong 1991.

¹¹⁶ Zie Çağlar 1997, p. 172.

¹¹⁷ Zie Friedman 1997.

¹¹⁸ Zie De Ruijter 2000, p. 14-15.

Het effect van deze omschrijving van de hedendaagse wereld is in feite dat cultuur wordt geïndividualiseerd. Een cultuur bestaat pas op het moment dat een groep mensen besluit gemeenschappelijke waarden en normen vast te stellen op basis waarvan zij willen handelen. Maar omdat groepsbinding zo weinig vanzelfsprekend is en veelal wordt opgevat als een selectieve binding met bepaalde opvattingen die iemand op dat moment welgevallig zijn, is de betekenis van een cultuur afhankelijk van de persoon die naar de inhoud van cultuur wordt gevraagd. Als iemand wordt gevraagd wat zijn cultuur is, zal hij zijn *identiteit* naar voren brengen, dus datgene op basis waarvan *hij* handelt. Deze versmelting van cultuur met identiteit zien we ook bij een essentialistische visie op cultuur, maar dan versmelt identiteit met cultuur en krijgt een identiteit een collectieve betekenis die voor elk individu hetzelfde is en elk individu kan worden opgeplakt. In een constructivistische visie is cultuur gereduceerd tot het individuele.

260. Wat betekent dit constructivisme voor het strafrecht? De strafrechter die kennisneemt van dit standpunt zal een beroep op culturele achtergronden, vooral wanneer dit beroep erin bestaat dat men stelt niet anders kon handelen, volgens mij niet snel aannemen.¹¹⁹ Immers, als blijkt dat tradities even makkelijk kunnen worden losgelaten als ze kunnen worden omarmd, kan er in ieder geval vanuit worden gegaan dat er geen belemmeringen zijn om andere keuzes te kunnen maken. Van handelingsonvrijheid zal wanneer een verdachte zich beroept op zijn culturele achtergrond dan ook geen sprake zijn.¹²⁰ Altijd zal een andere keuze kunnen worden gemaakt, een traditie kunnen worden losgelaten. Deze opvatting van cultuur is in de Veghelse zaak terug te vinden. De rechter stelt namelijk dat er voor Ali 'geen strikte en acute noodzaak om te handelen zoals hij heeft gedaan [was].' Ali had namelijk zijn vader niet hoeven waarschuwen toen hij Hasan, de ontvoerder van zijn zusje, op school tegenkwam, hij had zich moeten realiseren dat zijn vader druk op hem zou uitoefenen, hij had zijn vaderlijk gezag ondanks culturele druk moeten trotseren.¹²¹ Kortom, cultuur is geen reden het verwijt weg te nemen.¹²²

261. Het anti-essentialisme van het constructivisme schiet echter te ver door. Zij leidt tot het ontmantelen van cultuur als collectieve betekenisverlener voor een individuele identiteit en ontnemt individuen dat zij behoren tot een groep die op basis van gemeenschappelijk gedeelde waarden en normen, cultuur, handelt.¹²³ Tegen een constructivistische opvatting van cultuur wil ik twee bezwaren bespreken. a) Allereerst is ze een overspannen reactie op essentialisme en b) daarnaast leidt ze niet tot een beter besef van cultuur.

Ad a) De relativering van het belang van cultuur voor het handelen gaat gepaard met de veronderstelling dat een identiteit zich *ex nihilo* ontwikkelt.¹²⁴ Bader stelt bijvoorbeeld dat constructivisten het belang van een eenmaal verinnerlijkte set waarden en normen te gemakkelijk vergeten. Die geven namelijk op een veel intensievere wijze richting aan het handelen en kunnen daarom niet eenvoudig als 'maaksels' aan de kant worden geschoven. Elke handeling heeft structuur nodig, een referentiekader op basis waarvan we weten hoe we ons in welke omstandigheid hebben te gedragen. Dat

¹¹⁹ Zie bijv. Rimonte 1991.

¹²⁰ Zie Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

¹²¹ Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *LJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

¹²² Zie Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

¹²³ Zie Tempelman 1999b, p. 76, Werbner 1997.

¹²⁴ Zie Tennekes 1990, p. 86.

stelt ons in staat keuzes te maken. Het geeft ons handelingsvrijheid. Die vrijheid stelt ons in staat om normen te betwisten, maar dat kan alleen als we weten wat we ter discussie stellen.¹²⁵

Ad b) Constructivisme leidt niet tot een beter inzicht in de betekenis en het gebruik van cultuur. Voorop moet worden gesteld dat essentialisering of ontologisering in het politieke discours dagelijks voorkomt en onvermijdelijk is.¹²⁶ Bader stelt dat het constructivisme zelfs onwelkome gevolgen heeft voor het politieke discours. Het zou namelijk een te diepe kloof maken tussen praktijk en wetenschap, zonder die kloof te overbruggen. Het politieke debat, waarin essentialisme aan de orde van de dag is, wordt gedegradeerd als 'minder intelligent, inventief en verbeeldend' dan het wetenschappelijke terwijl het politieke debat met veel meer factoren te maken heeft dan wetenschappelijke discussies. In plaats van deze dichotomie te creëren zouden wetenschappers er volgens Bader beter aan doen het politieke discours te helpen zoeken naar oplossingen voor maatschappelijke problemen.¹²⁷ Wanneer we dat naar het strafrecht vertalen betekent dat aan de ene kant dat begrip moet worden opgebracht voor de claim van een verdachte wanneer die inhoudt dat hij op basis van hun cultuur niet anders meende te kunnen handelen. De automatische afwijzing op basis van een constructivistische opvatting van cultuur moet terzijde worden geschoven. De rechter zal niet eenvoudig die claim mogen afwijzen omdat de mens nu eenmaal vrij zou zijn in het maken van zijn keuzes, maar in het concrete geval moeten nagaan of die vrijheid er ook werkelijk was.

5.3.4 *Naar een meer gematigd constructivistische visie op cultuur*

262. In wat als kritiek op het hierboven beschreven constructivisme kan worden gezien, wijst Geertz op het belang van primordiale bindingen. Het concept primordialisme verwijst volgens constructivisten naar presociale, onveranderlijke, biologische, volledig emotionele en daardoor onredelijke bindingen die markers vormen voor het handelen. Primordiaal handelen is handelen dat volgens een groep zou zijn gebaseerd op historisch gevormde normen, maar in werkelijkheid onderdeel is van het strategische handelen.¹²⁸ Geertz wijst echter op het belang van primordiale bindingen voor groepen en personen. Hij omschrijft ze als volgt:

'By primordial attachment is meant one that stems from the 'givens' – or more precisely, as culture is inevitably involved in such matters, the assumed 'givens' of sociale existence: immediate contiguity and kin connection mainly, but beyond them the givenness that stems from being born into a particular (...) community (...) following particular practices. The congruities of blood, speech, custom, and so on are seen to have an ineffable, and at times overpowering coerciveness in and of themselves. (...) The general strength of such primordial bonds, and the types of them are important, differ from person to person, from society to society, and from time to time.'¹²⁹

Primordiale banden zijn in het merendeel van de gevallen onbesproken, maar diep gevoelde bindingen of banden tussen personen of tussen personen en te volgen normen.

¹²⁵ Bader 2002, p. 143–144.

¹²⁶ Zie o.a. Benhabib 1997, p. 93.

¹²⁷ Bader 2002, p. 155.

¹²⁸ Zie Eller en Coughlan 1993.

¹²⁹ Geertz 2000, p. 259.

Deze banden vormen niet een bevel om op een bepaalde wijze te handelen, maar geven ook een gevoel van verbondenheid van de ander, die dezelfde gevoelens deelt. Primordiale banden zijn bij uitstek relationele banden, die bestaan door een

‘social and cultural process through which a particular meaning is given to these kinds of relationships. This meaning is not, so to speak, there in the first place, or in the nature of the group. It is there because people learn to regard some kinds of relationships as different in quality from others.’¹³⁰

Primordiale banden zijn niet altijd tot een vorm van strategie te reduceren. Hieruit volgt dat een groep met bepaalde primordiale banden meer is ‘dan een vermomde belangengroep die uit is op het halen van materiële voordelen en status en bij dit alles hun recht op ‘culturele eigenheid’, hun etnisch saamhorigheidsgevoel en hun ‘raciaal behoren’ (al dan niet bewust) als een instrument gebruiken. Het gaat niet alleen – en wellicht zelfs niet primair – om het hebben of het krijgen van posities, maar blijkt ook een kwestie van zijn.’¹³¹ Roosens introduceert hier een meer gematigde interpretatie van cultuur. Cultuur wordt weliswaar door mensen gemaakt en ontwikkeld, maar de normen die in een cultuur worden gevormd kunnen worden gevolgd alsof dat natuurlijke normen zijn. Het bestuderen van cultuur is er dan ook niet op gericht cultuur als systeem dat richting geeft aan ons handelen te ontmantelen. Meer gematigde constructivisten erkennen dat cultuur door mensen wordt gemaakt, maar zien ook in dat wat zij hebben gemaakt hen bindt aan anderen en de omgeving waarin zij leven. Cultuur enkel als product van strategische manipulatie opvatten leidt tot een ontkoppeling van het menselijk handelen en de wereld waarin hij handelt. Een dergelijke ontkoppeling maakt handelen echter onmogelijk.¹³²

263. Hiervoor is afstand genomen van een essentialistische en een constructivistische visie op cultuur, doordat de essentialistische visie het handelen onmogelijk maakt vanwege de benauwende consequenties die haar visie op cultuur met zich brengt, en doordat de constructivistische visie het handelen losmaakt van de wereld waarin gehandeld moet worden en het handelen aldus zijn grondslag van bestaan ontnemt.¹³³ Maar ons vermogen om de wereld om ons heen te begrijpen is ‘niet een los van alles staand, volstrekt onafhankelijk vermogen. Het bestaat in tegendeel alleen op grond van de manier waarop wij in elkaar zitten en functioneren als levende wezens, ieder als een individu op zichzelf en met elkaar, maatschappelijk en historisch’ in wisselwerking met

¹³⁰ Fenton 2003, p. 83. Daaruit volgt ook dat groepen niet op het eerste gezicht ficties zijn, constructies van de menselijke geest zonder waarde. May (1988) heeft aangegeven dat groepen, hoezeer ook ficties, voor mensen een belangrijk middel zijn om het leven met anderen te coördineren. Daarbij gaat het niet om het overleveren aan een groep, maar om een relationele binding met een groep. Daarmee is een groep niet een voor het handelen van mensen bestaand geheel van regels, tradities, ed. dat aan de leden uniforme identiteiten geeft, maar een groep geeft een ‘leefomgeving’ op basis waarvan interactie mogelijk is en groepsleden hun eigen identiteit kunnen vormen op basis van de tradities die de groep biedt, maar ook op basis van informatie die zij elders vinden.

¹³¹ Roosens 1998, p. 192. Zonder hier verder op in te gaan kan in dit verband gewezen worden op het proces van ‘glocalisering’: het naar elkaar toe groeien van groepen mensen leidt enerzijds weliswaar tot hybride identiteiten, maar tegelijkertijd ontdekken mensen met anderen gemeenschappelijke culturele kenmerken die zij willen uitbouwen en behouden zien. Dat laatste wordt lokalisering genoemd. Beide processen spelen tegelijkertijd af, vandaar glocalisering als samen-voegsel van globalisering en lokalisering. Zie verder Hall 1991.

¹³² Zie Arendt 1998, p. 207–208, Benhabib 2002, p. 33.

¹³³ Zie ook Hall 1980, 66–67.

de omgeving waarin wij leven.’¹³⁴ Identiteiten worden inderdaad gevormd in ons handelen, zijn ‘uitgezocht’ of ‘uitgevonden’, maar dit betekent niet dat zij altijd het resultaat zijn van een strategische keuze. De cultuur die in het handelen tot uitdrukking komt, kan voor degenen die de betreffende cultuur volgen ‘cruciaal’ zijn ‘voor ons subjectief gevoel van wie we zijn.’¹³⁵ De verbondenheid die met anderen ontstaat door te handelen op basis van een bepaalde set gemeenschappelijke normen kan een ‘gevoel van geborgenheid en houvast’ geven, ‘een vast ankerpunt in tijden waarin alles in beweging lijkt te zijn.’¹³⁶

In het hiernavolgende zal ik mijn positie over cultuur nader uitwerken. Deze positie kan met Tempelman worden omschreven als een gematigd constructivistische visie op cultuur.¹³⁷ Constructivistisch, omdat het uitgangspunt is dat mensen door hun handelen cultuur en de daarin bestaande taal, tradities en sociale normen vormen. Gematigd, omdat de normen op basis waarvan wij handelen door ons als zo vanzelfsprekend kunnen worden opgevat, dat ze niet terzijde kunnen worden geschoven als product van strategische manipulatie. Mensen kunnen met hun cultuur manipuleren, maar tevens kan cultuur mensen richting geven, zonder dat mensen die richting zelf willen veranderen door ze ter discussie te stellen. Discussie vindt plaats, maar niet altijd over alle normen en niet altijd over alle normen even intensief. Sommige normen en tradities worden als vanzelfsprekend aangenomen, andere normen kunnen hun vanzelfsprekendheid verliezen.

Dat leidt dan tot debatten en de zoektocht naar nieuwe overeenstemming. Maar die overeenstemming kan op andere terreinen van cultuur weer discussie opleveren. Zo zal een cultuur altijd, niet altijd algemeen maar veelal wel op deelgebieden, onderwerp van debat zijn. Maar de delen die niet ter discussie staan en door leden van een cultuur als vanzelfsprekend worden ervaren, kunnen bij een keuzemoment dermate dwingende normen met zich brengen dat men niet anders denkt te kunnen dan die normen te volgen. Op het moment dat het volgen van die normen wederrechtelijk is zal de rechter naar mijn mening behoedzaam moet opereren en zich moet afvragen in hoeverre in casu handelingsonvrijheid kan worden aangenomen.

5.3.5 *Cultuur als complex van ‘webben van verhalen’*

264. Voordat ik hierop doorga, wil ik mijn visie op cultuur verhelderen. Inzicht in deze visie plaatst de keuzes die in paragraaf 5.4 worden gemaakt in een helderder daglicht. Wat is de betekenis van de gematigd constructivistische visie voor handelingsvrijheid? Voorop staat dat cultuur het resultaat is van ‘sociale creatie’. Daarmee is niet gezegd dat die creatie eenvoudig terzijde kan worden geschoven. Het handelen vindt niet plaats *ex nihilo*, maar ‘knoopt aan bij een situatie waarin wij ons bevinden en verandert die.’¹³⁸ Verandering is mogelijk omdat wij vanuit onze unieke positie, een positie die wordt bepaald door de subjectieve lichamelijke positie waarop hiervoor al is ingegaan,¹³⁹ nieuwe inzichten kunnen bieden op bestaande sociale normen die kunnen leiden tot discussie over de betekenis van deze normen. Die unieke positie schept een grondslag voor nieuwe vragen waarop nieuwe antwoorden moeten worden gevon-

¹³⁴ Glastra van Loon 1994, p. 26.

¹³⁵ Wekker 1998, p. 41-42.

¹³⁶ B. van Leeuwen 2001, p. 235.

¹³⁷ Tempelman 1999b, p. 76. Zie ook Pierik 2004, p. 524.

¹³⁸ Glastra van Loon 1994, p. 27. Zie ook Appiah 2005, p. 19-20.

¹³⁹ Zie mrs. 242-243 in dit hoofdstuk.

den. ‘Zo vindt een voortdurende wisselwerking plaats van heden met verleden waaruit toekomst ontstaat.’¹⁴⁰

Dat het handelen niet ex nihilo plaatsvindt, geeft ook aan dat wij met anderen handelen. Identiteiten worden immers gevormd in het samenhandelen, in de ontmoeting met of gerichtheid op de ander. Die gerichtheid op de ander maakt het vervolgens vanzelfsprekend dat die betrokkenheid bij de ontwikkeling van een cultuur niet in eenzaamheid plaatsvindt, maar in het handelen met anderen in een ruimte waarin velen geëngageerd zijn, maar ook omdat die ruimte gevuld is met de verhalen die verteld zijn en verteld worden. Die verhalen zijn persoonlijke verhalen en met andere verhalen verbonden door de gemeenschappelijke overtuiging dat (een deel van) de wereld op een bepaalde manier begrepen moet worden. Die verbindingen vormen webben als een spinnenweb waarin die verschillende verhalen bij elkaar komen.¹⁴¹ Cultuur is een aspect van die webben, zoals ook Geertz aangeeft.¹⁴² Dat betekent ook dat cultuur niet een persoonlijk gegeven is, maar met anderen wordt beleefd, zij door iedereen op eigen wijze.¹⁴³

265. Gemeenschappelijk in de opvatting dat cultuur kan worden omschreven als een complex van webben van verhalen is dat de ontwikkeling van een identiteit met behulp van die webben van verhalen dialogisch geschiedt. ‘Ik ben wie ik ben in relatie tot bepaalde gesprekspartners’, aldus Taylor.¹⁴⁴ De verhalende ontwikkeling van onze identiteit betekent dat wij ons in de publieke ruimte ‘onderdompelen’ en worden ondergedompeld in verhalen die wij gebruiken om een eigen interpretatie van de werkelijkheid te ontwikkelen en zo antwoord geven op de vraag wat wij in deze wereld te betekenen hebben en hoe wij in relatie tot anderen moeten handelen.¹⁴⁵ In het web van verhalen worden we geleid op een bepaalde manier te handelen doordat zich in dat web de projecties, verwachtingen en herinneringen van weleer bevinden die zijn afgeleid uit het veelzijdige, maar door tijd en plaats gelimiteerde repertoire van sociale, publieke en culturele verhalen.¹⁴⁶ Onze identiteit vormt zich dus verhalend door de interactie met anderen en het verhaal dat wij aan anderen vertellen, een verhaal dat door wisselende contacten steeds opnieuw wordt verteld en aan veranderende situaties aangepast. We noemen dergelijke identiteiten ook wel *narratieve identiteiten*. Het ‘plot’ dat we in een verhaal kunnen vertellen, kan geen totaal onverwachte beweringen inhouden, maar zal moeten zijn gebaseerd op eerder vertelde verhalen (al zijn nieuwe wendingen op grond van wilsvrijheid natuurlijk mogelijk).¹⁴⁷ Betekenisverlening aan een bepaalde situatie is alleen mogelijk indien we deze situatie inbedden in een tijdelijke en ruimtelijke relatie ten opzichte van andere gebeurtenissen.

‘Indeed the chief characteristic of narrative is that it renders understanding only by connecting (however unstably) parts to a constructed configuration or a so-

¹⁴⁰ Glastra van Loon 1994, p. 27.

¹⁴¹ Zie Arendt 1998, p. 183, Ch. Taylor 1989, p. 39.

¹⁴² Geertz 2000, p. 5.

¹⁴³ Zie Young 2000, p. 89-92.

¹⁴⁴ ‘I am only a self in relation to certain interlocutors’ (Ch. Taylor 1989, p. 36).

¹⁴⁵ Somers en Gibson 1994, p. 58-59.

¹⁴⁶ Zie Young 1990, p. 91, 101-102, Somers en Gibson 1994, p. 59.

¹⁴⁷ Zie Appiah 1994, p. 155, Gutmann 2003, p. 47-48, 53.

cial network (however incoherent or unrealizable) composed of symbolic, institutional, and material process.’¹⁴⁸

De verhalen die ons leven vorm geven, verbinden ons met anderen. ‘Een identiteit wordt altijd tot uitdrukking gebracht door concepten (en praktijken) die tot jouw beschikking zijn gekomen door religie, samenleving, school en staat, die zijn bemiddeld door gezin, soortgenoten, vrienden.’¹⁴⁹ De identiteit die wij vormen heeft een persoonlijke en een collectieve dimensie. Een persoonlijke identiteit kan niet worden gekoppeld aan een bepaalde sociale groep. Een uitdrukking van de persoonlijke dimensie van identiteit is als van iemand wordt gezegd dat hij slim of charmant is. De collectieve dimensie van identiteit is verbonden met een bepaalde gemeenschappelijke historie, een set van verhalen die subjecten met elkaar delen.¹⁵⁰ De collectieve dimensie van identiteit geeft betekenis aan onze handelingen. Zij maakt intentioneel handelen mogelijk. In termen van Appiah: ‘wat ik intentioneel kan doen hangt af van de concepten die mij beschikbaar zijn’.¹⁵¹ Vrijheid van handelen bestaat dus niet omdat de mens daartoe van nature in staat is maar kan pas tot uitdrukking komen als zij ingebed is in een context die hem in relatie tot anderen stelt. Subjecten hebben een eigen persoonlijke dimensie, maar delen een collectieve dimensie. Die collectieve dimensie van identiteit bedt het subject in, in een sociale gemeenschap waarmee het zich *identificeert*. Identificatie is een proces waarin het subject zijn leven vorm geeft door zich aan te sluiten bij een bepaalde set van verhalen in de veronderstelling dat die aansluiting hem een goede basis geeft om te kunnen handelen. Met identificatie meet hij zich dan ook een rol aan op basis waarvan hij zijn (collectieve) identiteit vormgeeft.¹⁵² Identificatie is ook een wederkerig proces. Anderen moeten hem accepteren als lid van een groep en hem die collectieve dimensie van identiteit toekennen.¹⁵³ Waarom dat belangrijk ook in het recht belangrijk is, volgt zodadelijk.¹⁵⁴

266. Nu moet echter worden opgepast te veronderstellen dat de verhalen waarmee het subject zich identificeert door elk subject dat zich met die gemeenschap identificeert op gelijke wijze worden geïnternaliseerd. Dan zou sprake zijn van essentialisme. Niet alleen blijft het subject uniek door zijn persoonlijke identiteit, tevens identificeert het subject zich met een groep op geheel eigen wijze. Subjecten kunnen verhalen of onderdelen van verhalen betwisten of niet willen gebruiken voor hun eigen identiteitsvorming.¹⁵⁵ Tegelijkertijd kunnen andere onderdelen van verhalen door een subject zo belangrijk worden gevonden dat zij daarvan niet willen afwijken, terwijl er weer anderen zijn die aan die verhalen geen of weinig waarde hechten. Die persoon-

¹⁴⁸ Somers en Gibson 1994, p. 59.

¹⁴⁹ ‘An identity is always articulated through concepts (and practices) made available to you by religion, society, school, and state, mediated by family, peers, friends’ (Appiah 2005, p. 20). Zie ook Ch. Taylor 1994, p. 32 die spreekt van taal in de brede zin van het woord: ‘not only the words we speak, but also other modes of expression whereby we define ourselves, including the ‘languages’ of art, of gesture, of love, and the like.’ Webben van verhalen zijn dus niet alleen ‘echte’ verhalen (het gesproken of geschreven woord), maar webben van verhalen worden ons bijv. ook gepresenteerd in schilderkunst en architectuur.

¹⁵⁰ Zie Appiah 2005, p. 21, 23.

¹⁵¹ ...‘what I can do intentionally depends on what concepts I have available to me’ (Appiah 2005, p. 65).

¹⁵² Zie Appiah 2005, p. 65.

¹⁵³ Zie Appiah 2005, p. 67–68.

¹⁵⁴ Zie nrs. 269–271 in dit hoofdstuk.

¹⁵⁵ Zie Somers en Gibson 1994, p. 67, Benhabib 1999, p. 345–346.

lijke keuzes zijn ‘onderdeel van wat mij individualiseert als het unieke individu dat ik ben.’¹⁵⁶ Vandaar ook dat sterke evaluaties, waar Taylor op wijst, niet moeten worden gezien als onveranderlijke, bijna natuurlijke vanzelfsprekendheden. Ze bieden ons inderdaad een kader op basis waarvan wij kunnen handelen, maar daarmee is niet gezegd dat zij ook precies aangeven hoe wij moeten handelen. De invulling van de verhalen is aan ons. Wij kunnen ze overnemen en verder niet bediscussiëren, we kunnen ze ook aanpassen en in overeenstemming brengen met onze wensen en behoeften. Maar we kunnen nooit volledig afstand nemen van een collectieve dimensie want zonder die dimensie, zonder een web van verhalen (welke web dat ook moge zijn) is het handelen en dus handelingsvrijheid namelijk niet mogelijk.¹⁵⁷

Identificatie met verhalen die de collectieve dimensie van een identiteit vormen moet niet worden opgevat als het determineren van iemands handelen. Een collectieve dimensie van identiteit maakt het weliswaar mogelijk om doelgericht te kunnen handelen, wat nodig is voor handelingsvrijheid, maar de inhoud van het handelen wordt daarmee niet vooraf bepaald. ‘Onze ervaringen van culturele betekenisgeving en structurele positionering vinden plaats in unieke situaties en interacties met andere individuen en de unieke situaties zijn vaak belangrijker voor ons besef van onszelf dan deze sociale feiten.’¹⁵⁸ Een identiteit, hoezeer die verbonden is met de verhalen die ook door anderen zijn omarmd, is een persoonlijke uitdrukking van de manier waarop iemand handelt en zich in relatie tot anderen plaatst. Identificatie is dan ook een proces waarin iemand zich niet opsluit in een gegeven set van verhalen. Hij omarmt die verhalen op zijn eigen wijze en bij de constante vorming van zijn identiteit plaatst hij nieuwe verhalen in een voor hem consistente samenhang met hem reeds bekende verhalen. Dat wil niet zeggen dat we een individuele identiteit zonder die collectieve dimensie kunnen zien. De collectieve dimensie vormt de basis waarop het subject met anderen kan handelen en betekenis kan geven aan zijn leven. Dat wil zeggen dat hij een raamwerk heeft op basis waarvan hij anderen kan ontmoeten en handelen. In het verloop van zijn leven zal hij met andere verhalen te maken krijgen en die andere verhalen verwerken en in zijn eigen leven een plaats geven. Dat maakt de collectieve dimensie van identiteiten niet determinerend, maar geeft eerder een besef van de sociale positie die hij bekleedt zonder die positie in algemene termen te kunnen uitleggen. Het kennen van iemands identiteit is dan ook het omschrijven van de collectieve dimensie van diens identiteit om vervolgens te zoeken naar de wijze waarop het individu die dimensie met andere verhalen nader heeft ingevuld.

5.3.6 Conclusie

267. Hiervoor heb ik aangegeven dat een identiteit zich dialogisch via webben van verhalen ontwikkelt. We spreken dan ook wel van narratieve identiteiten.¹⁵⁹ Kenmerkend voor een narratieve interpretatie van identiteit en van cultuur is dat culturen een horizon bieden op basis waarvan individuen in interactie hun identiteit kunnen ontwikkelen. Een cultuur vormt geen vaststaand forum waaruit elementen kunnen worden geplukt die voor het individu van belang zijn voor het leven van een dat hij leidt.

¹⁵⁶ ...‘part of what individuates me as the unique individual who I am’ (Anderson 1996, p. 18).

¹⁵⁷ Zie Arendt 1998, p. 183–184.

¹⁵⁸ ‘Our experiences of cultural meaning and structural positioning occur in unique events and interactions with other individuals, and the unique events are often more important to our sense of ourselves than are these social facts’ (Young 2000, p. 101).

¹⁵⁹ Zie Benhabib 2002, p. 15–16.

Cultuur omvat de ‘formules die mensen gebruiken om te bepalen wat met hen gebeurt.’¹⁶⁰ Omdat wij een unieke positie innemen, heeft cultuur voor ieder mens een andere betekenis. Een uniforme definitie van een cultuur is dan ook niet te geven, omdat iedereen op andere wijze zijn cultuur zal definiëren. Belangrijker is aan te geven wat cultuur met ons kan doen, hoe cultuur richting geeft aan ons leven. Dan blijkt dat individuen aan de ene kant voor hun identiteit een collectieve dimensie nodig hebben om in interactie met anderen te treden en op basis daarvan in vrijheid te kunnen handelen, maar aan de andere kant de elementen van die collectieve dimensie oppakken en ‘vaak in één beweging de bedoelde cultuurtrekken [gebruiken en transformeren] en meteen ook zichzelf, door aan hun cultuurtrekken een bepaalde wending of reïnterpretatie te geven.’¹⁶¹ In de woorden van de cultureel antropoloog Hannerz kunnen we cultuur opvatten als een rivier die constant in beweging en verandering is en waarin zich een sterke dynamiek aftekent.¹⁶² Die dynamiek zien we op het microniveau bij het individu dat zich geconfronteerd ziet met de beweging van de rivier en de plaats die hij daarin wil kiezen. Die plaats kan hij in die rivier kiezen; hij kan bepalen welke richting hij wil zwemmen, waarom hij die richting op wil en met welke inspanning hij dat doel wil bereiken.¹⁶³ Cultuur is geen ‘passieve erfenis’, ‘maar een actief proces van betekenisverlening die niet gegeven is maar constant gheredefinieerd en herontworpen wordt.’¹⁶⁴ Tegelijkertijd hoeft het subject zich niet altijd te laten meezuigen in de dynamiek van stroomversnellingen. Hij kan rustpunten zoeken door over bepaalde culturele tradities of normen geen vragen (meer) te stellen. Hij accepteert dan de norm als een gegeven.

5.4 Erkenning van culturele verschillen bij de beoordeling van verwijtbaarheid

5.4.1 *Inleiding*

268. Met de omschrijving van identiteit en cultuur kan worden teruggekeerd naar het einde van paragraaf 5.2. Ik heb aangegeven dat de vaststelling van verwijtbaar handelen de zoektocht naar de identiteit van de verdachte is. De vraag is op welke wijze identiteit bij de vaststelling van verwijtbaarheid een rol kan spelen en in hoeverre daarbij met de collectieve dimensie van identiteit, zoals bijvoorbeeld cultuur, rekening kan worden gehouden. Het antwoord op beide vragen hangt af van het belang dat in het recht aan identiteit moet worden gehecht. Ik heb aangegeven dat vaststelling van verwijtbaarheid het kennen van identiteit betekent, maar wat is daarvan het belang en hoe wordt dat belang in het recht verdisconteerd? Het antwoord op deze vragen wordt in drie stappen gegeven. Allereerst wordt de vraag beantwoord waarom het kennen van identiteit in zijn algemeenheid van belang is. Hier wordt voortgegaan op de wederkerigheid van identificatie, dat wil zeggen beantwoording van de omarming van een bepaalde collectieve dimensie van identiteit door een subject. Het niet beantwoorden daarvan wordt gezien als vernedering. In paragraaf 5.4.2 zal worden aangegeven wat

¹⁶⁰ ...‘the formulae they use to define what happens to them’ (Geertz 2000, p. 15). Zie De Ruijter 2000, p. 6.

¹⁶¹ Roosens 1998, p. 48.

¹⁶² Hannerz 1992. Zie ook Wicker 1997, p. 39.

¹⁶³ Zie Tennekes 1990, p. 87.

¹⁶⁴ ...‘but an active process of creating meaning, not given but constantly redefined and reconstituted’ (Parekh 2000, p. 152-153).

onder vernedering wordt verstaan en hoe vernedering in het recht tot uitdrukking kan komen. In paragraaf 5.4.3 zal ik vervolgens ingaan op de vraag hoe vernedering moet worden tegengegaan. Ik zal mij daarbij richten op een politiek van erkenning. Tenslotte zal in paragraaf 5.4.4 de politiek van erkenning worden vertaald naar het strafrecht. De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is hoe de rechter verwijtbaarheid zal moeten vaststellen, daarbij uitdrukking gevend aan erkenning zonder te vervallen in essentialisme of extreem constructivisme.

5.4.2 *Het probleem van vernedering*

269. Het betrekken van cultuur in een strafzaak vindt niet eenduidig plaats. In de Veghelse zaak blijkt dat de rechtbank veel moeite heeft gedaan inzicht te verkrijgen in de culturele achtergrond van de verdachte. Bij beoordeling van de culturele achtergrond van de verdachte erkent de rechtbank allereerst dat het eerwaakmotief een rol heeft gespeeld bij het plegen van het delict. De aanwezigheid van dat motief is voor de rechtbank geen reden om daarmee in algemene zin strafverminderend of strafverzwarend rekening te houden, maar om met de kennis van dat motief te beoordelen in hoeverre het Ali verweten kan worden dat hij op basis van dat motief heeft gehandeld.¹⁶⁵ Andere rechterlijke uitspraken zouden in dit verband een ander beeld laten zien. Soms blijkt de neiging om in positieve zin rekening te houden met de culturele achtergrond van de verdachte voortgekomen uit de veronderstelling dat de verdachte uit een ‘archaïsche’ cultuur afkomstig is. In de betreffende zaak stond een Turkse man terecht voor het om het leven brengen van zijn zoon die zich provocerend tegenover zijn vader zou hebben gedragen. De rechtbank veroordeelde de man tot vier jaar gevangenisstraf, maar hield bij de strafoplegging rekening met die archaïsche levenswijze.¹⁶⁶ In een ander geval werd de leefwijze van de verdachte ‘primitief’ genoemd.¹⁶⁷ Siesling stelt in een reactie hierop dat ‘een dergelijke insteek gebaseerd op de gebrekkige [culturele, JMtV] ontwikkeling van de verdachte op de lange termijn een negatieve uitwerking heeft. Op deze manier wordt immers aan de culturele achtergrond van de verdachte een negatieve associatie verbonden, namelijk dat de verdachte en de groep van waaruit hij afkomstig is, achterlijk of primitief zou zijn. Een dergelijke associatie kan onbewust vooroordelen in de hand werken’.¹⁶⁸ Ik zou daaraan willen toevoegen dat de betiteling van cultuur als primitief of archaïsch vernederend kan zijn voor de verdachte en de groep waartoe hij behoort.

270. Vernedering is een probleem wanneer men ervan uitgaat dat het vormen van een identiteit een dialogisch karakter heeft. Dialoog betekent dat het subject door anderen moet worden gehoord. Wordt het subject door anderen echter niet gehoord of wordt

¹⁶⁵ Zie Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *LJN* AA9954 (NJ 2001, 130).

¹⁶⁶ Zie Siesling 2006, p. 209.

¹⁶⁷ Zie Hof Amsterdam 21 maart 2004, *LJN* AU0361. In dit geval verweerde de raadsman zich namens verdachte door op de ‘primitieve’ culturele achtergrond van de verdachte te wijzen. Het hof verwerpt het beroep van de raadsman, maar geeft verder geen oordeel over het predikaat van de culturele achtergrond van de verdachte dat door de raadsman werd gebezigd.

¹⁶⁸ Siesling 2006, p. 209. Zie ook Galenkamp 2002b, p. 188 die niet spreekt van achterlijkheid maar van het onderscheid tussen wij ‘modernen’ en zij ‘traditionelen’ waarmee het onderscheid tussen autochtonen en allochtonen sterk maar ook in negatieve zin wordt benadrukt. Zie ook Van Walsum 1992 die aangeeft dat de wijze waarop vooral Arabieren of moslims worden benaderd, uitdrukking geeft aan zogeheten oriëntalisme, dat wil zeggen de uiteindelijk negatieve attitude ten opzichte van voorn. moslims die wordt gestaafd op basis van stereotype omschrijvingen. Van Walsum wijst daarbij naar Said's *Orientalism*. Zie over Van Walsum ook hoofdstuk 2, nr. 98.

hij op een denigrerende wijze aangesproken, dan kan dat identiteitsvorming belemmeren.¹⁶⁹ Een samenleving waarin sprake is van vernedering is volgens Margalit een *onfatsoenlijke* samenleving. Het strafrecht speelt voor de bepaling of sprake is van een onfatsoenlijke samenleving een belangrijke rol. Margalit stelt dat de 'manier waarop een samenleving het strafbeleid en de strafprocedures organiseert' bepalend is voor de vraag of een samenleving 'fatsoenlijk' is, dat wil zeggen een samenleving die niet vernedert.¹⁷⁰ Ook het strafrecht moet vernedering dus trachten te voorkomen. Maar wat betekent vernedering?

Vernedering kan op verschillende manieren voorkomen, namelijk fysieke vernedering waardoor het subject controle verliest over zijn eigen lichaam, morele vernedering waardoor het subject burgerrechten wordt ontzegd en psychologische vernedering waardoor het subject zijn waardigheid wordt ontnomen. Honneth spreekt hier zelfs van de 'psychologische dood'.¹⁷¹ Hoe verschillend onderling ook, kern van vernedering is dat de mens niet meer door anderen op respectvolle wijze wordt aangesproken. Wat dat respect dan precies is, volgt hieronder. Het effect van vernedering zal per vorm verschillend zijn en respectievelijk zelfvertrouwen, zelfrespect en eigenwaarde ontnemen. Dat kan een gevoel van zelfhaat tot het gevolg hebben.¹⁷² In psychologische zin zal pas van vernedering sprake zijn als het subject die vernedering ook als zodanig ervaart.¹⁷³ Vernedering heeft dan een persoonlijke betekenis. Het moet gaan om een concrete onmogelijkheid een bepaalde identiteit te vormen, een 'hevige emotionele pijn' die het subject voelt wanneer zijn zelfvertrouwen, zelfrespect of eigenwaarde wordt geschonden.¹⁷⁴ We kunnen hier spreken van *materiële vernedering*. Van vernedering is dan sprake als het subject zich tekort gedaan voelt en hij niet in staat denkt te zijn het leven te leiden dat hij wil. Dat leven wordt gezien als authentiek leven, dus een leven waarin het subject gehoor geeft aan zijn eigen originaliteit.¹⁷⁵

271. In het strafrecht is deze interpretatie van vernedering niet zonder problemen.¹⁷⁶ Als vernedering volledig subjectief wordt opgevat, dus afhankelijk is van het perspectief van de persoon die is vernederd, zal het bijzonder lastig worden dat door organen van de strafrechtspleging, zoals de rechter, nooit vernederend wordt opgetreden. Vernederend is dan bijvoorbeeld al een openbare terechtzitting (artikel 269 lid 1 Sv), omdat iedere burger een zitting kan bijwonen en de verdachte met andere burgers wordt geconfronteerd. Zeker als die andere burgers bekenden zijn, zoals burens, collega's en dergelijke, kan die confrontatie de verdachte een gevoel van vernedering geven. Hij kan immers uitgesloten worden uit de groep, zowel fysiek door bestraffing als psychologisch doordat hij wordt geconfronteerd met echtscheiding, verlies van baan en ver-

¹⁶⁹ Of zoals Honneth (1996, p. 131-132) stelt: 'Because the normative self-image of each and every individual human being – (...) – is dependent on the possibility of being continually backed up by other, the experience of being disrespected carries with it the danger of an injury that can bring the identity of the person as a whole to the point of collapse.'

¹⁷⁰ Margalit 2001, p. 229.

¹⁷¹ Honneth 1996, p. 135.

¹⁷² Zie Ch. Taylor 1994, p. 25, Benhabib 2002, p. 51-52, Gutmann 2003, p. 42.

¹⁷³ Zie Margalit 2001, p. 19.

¹⁷⁴ Zie B. van Leeuwen 2001, p. 52.

¹⁷⁵ Zie Ch. Taylor 1994, p. 30-31, Cooke 1997, p. 261, Appiah 2005, p. 105.

¹⁷⁶ Zie Duff (2001, p. 32) die erop wijst dat het straffen volgens sommige straftheoretici 'barbaars' is, juist omdat de straf pijn toebrengt. Margalit (2001, p. 233) noemt de straf 'intrinsiek vernederend'.

lies van vrienden. Eufemistisch noemde Dupont de straf en meer in het algemeen het strafrecht daarom ook het toebrengen van 'anti-welzijn'.¹⁷⁷

Betekent dit dat er in het vervolg geen straffen mogen worden opgelegd? Dat kan dan vernederend zijn voor het slachtoffer die immers door de dader fysiek, moreel en psychologisch kan zijn vernederd. Welke afweging moeten we dan maken? Beide personen hebben volgens Taylor recht op een authentiek leven dat recht doet aan hun eigen originaliteit. Maar wanneer de dader niet wordt bestraft, zal het slachtoffer zich vernederd kunnen voelen. Het kan zich opnieuw geslachtofferd voelen.¹⁷⁸ De dader kan zijn leven blijven leiden, maar het slachtoffer wordt ernstig te kort gedaan. Andersom geldt dat wanneer de dader zwaar bestraft wordt, het slachtoffer recht wordt gedaan, maar de straf de dader een ernstig gevoel van vernedering opleveren.¹⁷⁹ Betekent dit gevoel dat toch geen straf meer mag worden opgelegd? We komen dan in een spiraal waaraan geen ontsnappen mogelijk lijkt. Die kan worden verklaard door het antwoord op vernedering.

Taylor wil immers dat ieder individu een authentiek leven leidt. Maar als aan ieder individu wordt gegarandeerd dat hij het leven kan leiden dat hij wil en daarin niet mag worden belemmerd, omdat dat vernedering oplevert, zal iedereen elkaar in de weg zitten. Iedereen wil meer ruimte dan hem kan worden geboden.¹⁸⁰ Door de nadruk te leggen op het kunnen leven op basis van onze originaliteit en er vervolgens vanuit te gaan dat wij bepalen wanneer onze originaliteit wordt geschaad, ontstaat een onwerkbaar situatie, omdat niemand het volledig naar zijn zin kan worden gemaakt. Dat geldt zeker in het strafrecht waarin aan de ene kant wordt getracht zoveel mogelijk recht te doen aan het slachtoffer, maar aan de andere kant bestraffing niet zodanig mag zijn dat het slachtoffer zich wel voelt gecompenseerd, maar de dader zich ernstig te kort voelt gedaan. Markell wijst er in dit verband op dat de nadruk ook volledig komt te liggen op de personen die zich voelen vernederd, maar de aandacht niet gericht is op de instantie die vernedert.¹⁸¹ Doordat de nadruk sterk wordt gelegd op zij die zich voelen vernederd, zullen de oplossingen volgens hem ad hoc zijn maar geen fundamentele heroverweging van het optreden van de staat betekenen. Hierop wordt ook door Cleiren gewezen in haar beschouwing over de rol van het slachtoffer in het strafproces.¹⁸² Zolang die rol, die zeker in het Nederlandse strafrecht tot voor kort niet was

¹⁷⁷ Dupont 1979, p. 8.

¹⁷⁸ Zie Nelson 2004, p. 1270 die er ten aanzien van culturele delicten op wijst dat het laag bestraffen van daders van culturele delicten het slachtoffer in de kou zet. Zij worden volgens Nelson opnieuw geslachtofferd. In de victimologie wordt in dit verband gesproken van 'secundaire victimisatie'. Zie over deze vorm van secundaire victimisatie Orth 2002.

¹⁷⁹ Daarom dienen straffen volgens Renteln altijd proportioneel te zijn (2004, p. 188). Proportioneel straffen betekent enerzijds verantwoordelijk stellen voor strafbaar gesteld gedrag, maar anderzijds ook het voorkomen van vernederende bestraffing als het gedrag kan worden verklaard door de culturele achtergrond.

¹⁸⁰ Een extra element in Taylor's verhaal over authenticiteit is dat hij wenst dat ook een *Volk* authentiek is. Een volk dat recht moet doen aan zichzelf ziet zichzelf als eenheid en ontkent daarmee de diversiteit binnen een volk. Dat kan het voor individuen zeer moeilijk maken om zichzelf te ontplooiën, omdat zij zich naar het authenticiteitsstreven van het volk moeten schikken. Zie Tempelman 1999b, p. 21, Fraser 2000, p. 112. Benhabib stelt dat de nadruk op collectieve authenticiteit een 'gevaarlijke stap' is, 'because it subordinates moral autonomy to movements of collective identity.' Met andere woorden, positieve en negatieve vrijheid worden ondergeschikt gemaakt aan de collectieve belangen van een vermeend cultureel uniform Volk. Dat miskent dat in een democratische rechtsstaat bovenal individuele vrijheden moeten worden gegarandeerd. Zie Benhabib 2002, p. 53. Zie ook Cooke 1997, p. 261, Appiah 2005, p. 106-110.

¹⁸¹ Markell 2003, p. 18.

¹⁸² Cleiren 2003. Zie in algemene zin Fraser 2000, p. 112.

geformaliseerd, niet fundamenteel wordt doorgedacht maar ad hoc maatregelen worden genomen, is daarmee niet gezegd dat vernedering niet meer zal voorkomen. Het gevaar is eerder dat het slachtoffer zich in de toekomst nog meer vernederd zal voelen, omdat hij dacht aanspraken te kunnen maken op rechten die in de praktijk weinig blijken voor te stellen.

272. Materiële vernedering als uitgangspunt voor het respecteren van het verhaal van subjecten kent in het strafrecht dus grote bezwaren. De vraag of een bepaalde handeling vernederend is, moet dan ook niet volledig vanuit het perspectief van de verdachte worden beoordeeld. Naar mijn mening is het beter te stellen dat het in strafrecht *formele* vernedering moet worden tegengegaan. Van formele vernedering is sprake wanneer iemand (zoals een verdachte) niet in staat is om gelijkwaardig te kunnen deelnemen aan het publieke debat, omdat institutionele arrangementen dat onmogelijk maken.¹⁸³ Anders gezegd, in het recht worden bepaalde opvattingen gebruikt die alleen personen van een bepaalde groep (de dominante) de ruimte geeft om zich in het publieke debat uit te drukken. Iedereen die zijn leven richting geeft met behulp van een ander kader wordt het dan onmogelijk gemaakt om aan het publieke debat deel te nemen. Daarmee zou de democratische rechtsstaat van een belangrijk uitgangspunt worden ontnomen, namelijk dat daarin normen worden gesteld tussen gelijkwaardige burgers die elkaar ontmoeten en de ruimte geven hun inzichten omtrent de ordening van de samenleving te geven.¹⁸⁴ Het ontnemen van die mogelijkheid door het niet meewegen van de achtergrond op basis waarvan wordt gehandeld, vormt een belangrijke ondermijning van de democratische rechtsstaat. In het belang van de democratische rechtsstaat moet formele vernedering worden tegengegaan. Dit formele niveau wijst de psychologisering van vernedering echter af en objectivert haar inhoud. De formele vorm van vernedering gaat niet om de vraag of het subject zich daadwerkelijk vernederd voelt, al zal een verdachte die meent onvoldoende tot zijn recht te komen voor de rechter wel een indicatie zijn dat sprake is van formele vernedering.

273. Wanneer is er sprake van belemmerende institutionele arrangementen? Het is verleidelijk vooral op formeel(straf)rechtelijk niveau deze belemmeringen te zoeken.¹⁸⁵ Dat leidt ons weer tot hetzelfde probleem dat in hoofdstuk 4 is gesignaleerd, namelijk dat de kans bestaat te veel nadruk te leggen op verbetering van procesrechtelijke arrangementen.

Ook op materieelstrafrechtelijk terrein kan echter sprake zijn van formele vernedering. Dit kunnen we aan de hand van de volgende zaak illustreren. In de in hoofdstuk 2 besproken zaak tegen de ouders van het meisje dat na de bekendwording van haar ontmaagding om het leven is gebracht.¹⁸⁶ Vader en moeder worden tot verschillende straffen veroordeeld doordat de vader het kind voor haar dood heeft bedreigd en zelf om het leven heeft gebracht, terwijl de vrouw niet meer heeft gedaan dan zich niet te distantiëren van het handelen van haar echtgenoot maar niet het initiatief heeft genomen het kind om het leven te brengen. Het verschil wordt verklaard door de aard van

¹⁸³ Zie Fraser 2003, p. 31-32, Benhabib 2002, p. 70, Tully 2000, p. 470.

¹⁸⁴ Zie Habermas 1998, p. 208-210.

¹⁸⁵ Wiersinga wijst t.a.v. formeelstrafrechtelijke problemen op de gebrekkige positie van de deskundige en tolken en de niet altijd even duidelijke motivering door de rechter (Wiersinga 2002, p. 85-123, 279-309). Op dat laatste wijst ook Siesling (2006, p. 77-79). Zie over de problemen van deskundigen Wiersinga 2005.

¹⁸⁶ Hoofdstuk 2, nr. 62. Zie overigens ook nog Siesling 2006, p. 175-185.

de handelingen, maar niet door de identiteit van beide verdachten. Wijzend op de identiteit van de verdachten wijst de rechter op een individueel en een collectief aspect: de positie als vader of moeder en de culturele factor van de schending van de familie-eer als gevolg van de ontmaagding. Uit de motivering blijkt niet dat een verschil tussen man en vrouw bestaat. In beide gevallen hebben zij als ouder 'het normale vertrouwen dat een kind in [haar/zijn moeder/vader] heeft volledig te niet gedaan door [haar/zijn] kind te doden.'¹⁸⁷ Het lijkt er met andere woorden op dat de identiteit van beide ouders identiek is. Op basis van die identieke identiteit wordt hun hetzelfde verwijt gemaakt. De hoogte van de strafmaat verschilt met andere woorden volgens mij enkel door de aard van de gedragingen.

Hiervoor heb ik aangegeven dat het vaststellen van het verwijt alleen kan door inzicht te krijgen in de identiteit van de verdachte. Kennis van de identiteit betekent het kunnen geven van het antwoord op de vraag of zij in vrijheid kon bepalen hoe zij met de haar bekende culturele en rechtsnormen moest omgaan. Kon zij in vrijheid beslissen de culturele normen opzij te zetten en als 'normale' moeder handelen of zorgde die normen er juist voor dat zij die keuze niet in vrijheid kon maken? Met behulp van de identiteit kan de positie van de verdachte ten tijde van het delict worden bepaald. Op basis van die kennis moet vervolgens het verwijt aannemelijk worden gemaakt. Wat ik echter in het rechterlijk vonnis mis is een omschrijving van de identiteit van de vrouw. Er wordt slechts in beperkte mate aandacht besteed aan wie zij is. Zie ik het goed, dan is dat ook wat Spong in zijn cassatieschriftuur, zij het zeer bonding, beweerde. In mijn woorden: de rechter had vollediger moeten zijn in het omschrijven van de identiteit van de vrouw en op basis daarvan het verwijt aannemelijk moeten maken. Nu lijkt het er mijns inziens sterk op dat de rechtbank weliswaar heeft geprobeerd die identiteit te omschrijven maar heeft vergeten de kennis van die identiteit te koppelen aan het haar verweten gedrag. Het gaat mij er niet om te stellen of dat oordeel uiteindelijk goed of fout is. Of de vrouw verwijtbaar heeft gehandeld of niet doet niet zoveel terzake. Zou ik daar nu een antwoord op geven, dan is de kans groot dat ik in een val van essentialisme zou stappen en kunnen zeggen dat vrouwen in andere culturen altijd ondergeschikt zijn aan hun mannen en zij daarom nooit uit vrije wil handelen.¹⁸⁸ Dat hoeft niet het geval te zijn. Wat ik wil aangeven dat als het aannemelijk maken van verwijtbaarheid geschiedt door het omschrijven van iemands identiteit, die omschrijving niet halfslachtig mag zijn. Een halfslachtige omschrijving van iemands identiteit betekent dat slechts beperkt inzicht wordt verkregen in het verhaal van de verdachte en het gevaar bestaat dat slechts die verhalen worden gebruikt die het aannemelijk maken van het verwijt zullen bespoedigen. Daarom ook heb ik moeite met het arrest van de Hoge Raad, waarin Spong's verweer wordt afgewezen.¹⁸⁹ Niet omdat ik vind dat de vrouw geen verwijt treft, die vraag kan pas worden beantwoord als haar identiteit is vastgesteld, maar omdat de Hoge Raad de kans heeft opengelaten dat bij de bepaling van het verwijt de identiteit van een verdachte op basis van een selectieve keuze van gegevens wordt omschreven.

¹⁸⁷ Zie resp. Rb 's-Gravenhage 28 november 2001, *LJN* AD6285, Rb 's-Gravenhage 18 september 2001, *LJN* AD4064. Zie ook Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2002, *LJN* AE9597, Hof 's-Gravenhage, 29 oktober 2002, *LJN* AE9598.

¹⁸⁸ Zie ook Siesling 2004, p. 173.

¹⁸⁹ HR 14 oktober 2003, *LJN* AJ1457 (*NJ* 2005, 182, m.nt Kn).

274. Het voorgaande roept wel de vraag op hoever een rechter moet gaan in het leren kennen van die identiteit en het toepassen van die identiteit op het bepalen van het verwijt. Het effect van het moeten leren kennen van de identiteit zou namelijk kunnen zijn dat de identiteit het enige beoordelingskader is voor de vaststelling van het verwijt. De vaststelling van het verwijt geschiedt dan op basis van een subjectief perspectief, waarin het verhaal van de verdachte de enige bron is waarop het verwijt is vast te stellen. Het probleem hiermee is echter tweërlei. In de eerste plaats is de verdachte niet verplicht tot antwoorden en hoeft hij zijn verhaal niet te vertellen. Zo wordt aangenomen dat een zwijgende verdachte aan een veroordeling niet in de weg hoeft te staan, mits het zwijgen van de verdachte niet als bekentenis wordt opgevat.¹⁹⁰ Wanneer echter de vaststelling van het verwijt volledig afhankelijk is van wat de verdachte verklaart, is het zwijgen een problematisch gegeven. De rechter zal, mede uit respect voor het zwijgrecht dan op andere wijze moeten nagaan of er sprake is geweest van verwijtbareheid. In de tweede plaats zal, wanneer de verdachte wel verklaart, duiding van die verklaring niet altijd even eenvoudig zijn. De rechter zal zich daarvoor kunnen laten bijstaan door deskundigen. Het gevaar daarvan kan zijn dat niet de rechter, maar de deskundige over verwijtbareheid gaat oordelen, omdat de deskundige de enige is die het verhaal van de verdachte kan duiden.¹⁹¹ Dan is er geen sprake meer van een juridisch oordeel. En juist dat is precies wat de vaststelling van het verwijt uiteindelijk is.¹⁹² In hoofdstuk 3 heb ik er al op gewezen dat de rechter die moet bepalen in hoeverre hij de culturele achtergrond van feit en dader meeweegt dat vanuit het recht moet doen.¹⁹³ Het recht als vertrekpunt betekent ten aanzien van de vaststelling van verwijt dat juridische maatstaven uitgangspunt zijn van de rechterlijke beoordeling.¹⁹⁴ Dat objectificeert het oordeel.¹⁹⁵ Tegelijkertijd is daarmee niet gezegd dat er dan helemaal geen ruimte bestaat voor de persoon van de verdachte. Het dilemma is dan duidelijk: enerzijds is het rechterlijk oordeel een objectiverend oordeel, maar anderzijds is het oordeel er ook één waarin de positie van de persoon van de dader ter beoordeling staat en dat oordeel afhangt van het inzicht in diens identiteit, dat wil zeggen zijn dialogisch (door verhalen met anderen) gevormde positie in de wereld waarin persoonlijke en collectieve aspecten aanwezig zijn die nooit constant zijn. Dit dilemma laat niet alleen zien dat de rechter de identiteit van de verdachte moet onderzoeken, maar dat in dat onderzoek ook een zekere reflectie lijkt te zitten waarin de vraag wordt gesteld: hoever kan het recht subjectiveren en de identiteit van de verdachte meewegen in de beoordeling van het verwijt?

¹⁹⁰ Zie Corstens 2005, p. 640 onder verwijzing naar jurisprudentie van het mensenrechtenhof in Straatsburg.

¹⁹¹ Zoals deskundige De Jong deed in de Veghelse zaak maar daarvoor door de rechtbank op de vingers werd getikt. Dat De Jong's opmerkingen overigens door meerdere deskundigen worden gedeeld, blijkt uit een in het Spaanse Oñati op 17 juni 2005 gehouden maar niet gepubliceerde lezing van de Noorse cultureel-antropologe Wikan. Zij stelde daarin dat de specificiteit van de problematiek (de rol van cultuur voor de bepaling van handelingsvrijheid) ertoe leidt dat de deskundige degene moet zijn die het oordeel over het verwijt moet maken en de rechter dat oordeel moet overnemen. Alleen de deskundige weet volgens Wikan wat in de betreffende verdachte ten tijde van het (culturele) delict omging en kan op basis van die kennis ook als enige oordelen of de verdachte in vrijheid (en dus verwijtbaar) had gehandeld.

¹⁹² Zie De Hullu 2006, p. 196.

¹⁹³ Hoofdstuk 3, nrs. 181-182.

¹⁹⁴ Zie Nieboer 1991, p. 162, 163.

¹⁹⁵ Zie Vellinga 1982, p. 39-41.

5.4.3 *De politiek van erkenning*

275. In het algemeen wordt gesteld dat vernedering moet worden tegengegaan door een politiek van erkenning.¹⁹⁶ Een politiek van erkenning vormt het antwoord op zowel het dialogische karakter van onze identiteitsvorming als op het tegengaan van vernedering. Kern van de argumentatie voor erkenning is dat het dialogisch vormen van onze identiteit erom vraagt dat wij worden aangesproken op een wijze die onze identiteitsvorming ten goede komt. Worden wij niet aangesproken of op vernederende wijze aangesproken, in het onderhavige geval doordat het recht belemmeringen opwerpt om onze identiteit gestalte te geven, dan komt dat onze identiteit niet ten goede.¹⁹⁷ Dit is om twee redenen problematisch. In de eerste plaats is dit psychologisch een probleem omdat wij daarmee een gevoel van zelfhaat kunnen krijgen.¹⁹⁸ In de tweede plaats is dit problematisch omdat wij als burger onvoldoende in staat worden gesteld onze positie in de publieke ruimte tot uitdrukking te brengen en van daaruit invloed uit te oefenen op de in een samenleving geldende normen. Erkenning is nodig om onze identiteitsvorming in de publieke ruimte te garanderen, zodat wij in staat zijn aan onze verplichtingen als burger te voldoen. Ik richt mij in deze paragraaf op het tweede probleem. Daarvoor is een formele vorm van erkenning nodig. In deze paragraaf zal ik de formele politiek van erkenning omschrijven door twee vragen te beantwoorden. In de eerste plaats is de vraag wat door een formele politiek van erkenning wordt erkend en in de tweede plaats is de vraag hoe wordt erkend.

276. De formele politiek van erkenning is bedoeld om formele vernedering tegen te gaan. Hiervoor heb ik aangegeven dat formele vernedering in het strafrecht wordt veroorzaakt door in het recht gelegen belemmeringen uitdrukking te geven van de eigen identiteit. Het tot uitdrukking brengen van die identiteit is noodzakelijk omdat de vaststelling van het verwijt alleen mogelijk is als inzicht wordt verschaft in de identiteit van de verdachte.¹⁹⁹ Met die identiteit kan de relatie tussen de handeling en de in de handeling tot uitdrukking komende norm beter worden omschreven. Ik heb ook aangegeven dat een identiteit nooit als een kant en klaar antwoord op de vraag 'Wie ben ik?' kan worden gezien.²⁰⁰ Een identiteit is veranderlijk. Dat zelfde geldt voor cultuur. Erkenning wordt echter meestal opgevat als een vastomlijnd resultaat dat in de toekomst bereikbaar is. Dat geldt bijvoorbeeld voor Taylor die ervan uitgaat dat door middel van erkenning een fusie van horizonnen kan plaatsvinden. Die fusie wordt gezien als het eindresultaat van een proces waarin (bepaalde) andere culturen een plaats krijgen in een politieke gemeenschap die deze culturen ruimte geeft om haar leden een bepaalde identiteit te geven.²⁰¹ Maar op het moment dat een cultuur en een identiteit veranderlijk is, is het vaststellen van een duidelijk eindresultaat niet mogelijk. Dat betekent dat erkenning nooit helder kan worden omschreven. Eerder is het zo dat op het moment dat erkenning van een identiteit in een bepaalde casus plaatsvindt, die identiteit bij wijze van spreken de volgende dag alweer is veranderd en erkenning daarmee achterhaald is.²⁰² Het lijkt er dan op dat erkenning een 'horizon' heeft (in

¹⁹⁶ Zie Ch. Taylor 1994, p. 32-33.

¹⁹⁷ Zie Tully 1995, p. 24.

¹⁹⁸ Zie Benhabib 2002, p. 52-53.

¹⁹⁹ Zie nr. 246 in dit hoofdstuk.

²⁰⁰ Zie Johnson 2000, p. 416, Galenkamp 1998c, p. 45, Waldron 1992, p. 783-786.

²⁰¹ Ch. Taylor, p. 66-67.

²⁰² Zie Markell 2003, p. 16.

Taylors termen)²⁰³ die nooit kan worden bereikt. De oplossing is erkenning als een continu proces te zien²⁰⁴ maar dit heeft iets onbestemds. De vraag is namelijk, als onduidelijk is wat iemands identiteit precies is, wat we moeten erkennen.

Het antwoord op die vraag zou onmogelijk te geven zijn als we zouden uitgaan van een essentialistische interpretatie van cultuur en identiteit, omdat wat dan wordt erkend een van te voren gegeven definitie van cultuur en identiteit is die moet worden opgezocht bij het individu dat erkenning vraagt. Het zoeken van een dergelijke identiteit betekent dan het kennen van een reeds bestaande omschrijving van identiteit. Identiteit wordt dan gezien als een los van anderen ontstaan antwoord op de vraag 'Wie ben ik?' terwijl ik heb aangegeven dat identiteiten zich altijd in een dialogisch proces ontwikkelen. Acceptatie van dat dialogische karakter van identiteiten betekent ook acceptatie van het feit dat erkenning altijd is gekoppeld aan de individuele ontwikkeling in relatie tot anderen. Als gevolg daarvan is erkenning niet het erkennen van een vaststaande identiteit die in een boek te vinden is.²⁰⁵ Erkenning is juist het tegenovergestelde. Zij betekent het garanderen van ruimte om een eigen identiteit te ontwikkelen, niet alleen een persoonlijke kant van een identiteit, maar juist ook een collectieve kant.²⁰⁶ Door middel van erkenning wordt de mens in staat gesteld zichzelf te ontplooien op de wijze zoals hij dat wil en recht doet aan de unieke positie waarin hij zich bevindt. Die positie wordt de mens door de staat gegarandeerd als gevolg van zijn rechtssubjectiviteit en wordt hem mogelijk gemaakt doordat hij als *burger* in een politieke gemeenschap kan handelen.

Met formele erkenning, waar het hier om gaat, wordt dan ook bedoeld het kunnen uitoefenen van volwaardig burgerschap waarin mensen hun leven op basis van eigen keuzes richting kunnen geven gelijk ieder ander.²⁰⁷ Erkenning gaat dan ook gepaard met actieve participatie in de publieke ruimte.²⁰⁸ Een dergelijke opvatting van erkenning gaat juist uit van vloeïendheid van erkenning, omdat daarmee wordt voorkomen dat mensen worden opgesloten in een bepaalde gemeenschap die hen het onmogelijk maakt als burger aan de publieke gemeenschap deel te nemen. Deelname aan die gemeenschap is cruciaal voor erkenning, omdat burgers pas kunnen weten of zij formeel worden vernederd als zij kennis hebben van de rechten die zij als burger hebben en dus weten dat zij in staat moeten zijn hun verhaal te vertellen dat als basis dient voor de vaststelling van het verwijt. Erkenning is dan ook niet, wat Taylor suggereert,²⁰⁹ het laten overleven van gemeenschappen die ook voor toekomstige generaties

²⁰³ Ch. Taylor, p. 67.

²⁰⁴ Zie bijv. Tully 2000. Zie ook Honneth 1996, p. 127: 'In modern societies, relations of social esteem are subject to a permanent struggle, in which different groups attempt, by means of symbolic force and with reference to general goals, to raise the value of the abilities associated with their way of life.'

²⁰⁵ Zie nr. 256, noot 93 in dit hoofdstuk.

²⁰⁶ Erkenning van de collectieve dimensie is mijns inziens van belang omdat juist die collectieve dimensie de mens in een relatie tot anderen brengt en hem een gevoel geeft ergens bij te horen, zodat hij weet hoe hij zich in bepaalde situaties heeft te gedragen. Erkenning van een individuele identiteit betekent dan een onvolledige erkenning, omdat onvoldoende ruimte wordt gegeven aan het individu om zich in alle aspecten van zijn handelen te ontplooien. De collectieve dimensie van identiteiten is dan ook niet een fictie, maar een (weliswaar gemaakt) onderdeel van onze identiteit, dat in ons dagelijks handelen zo belangrijk kan zijn dat wij daarnaar wensen te handelen. Dat mag niet worden miskend. Zie Tempelman 1999a, p. 76-77.

²⁰⁷ Zie Appiah 2005, p. 101-102.

²⁰⁸ Zie Tully 2000, p. 478.

²⁰⁹ Ch. Taylor, p. 58-59.

een identiteit bieden maar het garanderen van gelijkwaardig burgerschap waarin de burger zoveel mogelijk (negatieve en positieve) vrijheid heeft.²¹⁰

277. De volgende vraag is nu hoe wordt erkend. In de eerste plaats vindt erkenning plaats in de klassieke verhouding tussen staat en individu. Een driehoeksverhouding tussen staat, individu en groepen, zoals door Shachar voorgesteld,²¹¹ is niet nodig.²¹² Uitgangspunt moet zijn dat het individu de centrale drager van rechten is en erkenning moet plaatsvinden op het niveau van het recht. Op dat niveau moet het er volgens Habermas om gaan het rechtssubject als burger te kunnen laten deelnemen aan het publieke debat op een zodanige wijze dat hem zoveel mogelijk vrijheid wordt gegarandeerd dat hij in staat is zijn identiteit te ontwikkelen en daarnaar ook in de publieke ruimte te handelen.²¹³ De vraag is echter hoe het recht vloeiende identiteiten kan beschermen, zodanig dat burgers in staat zijn vanuit hun (vloeiende) identiteit te handelen en niet worden vernederd. Een politiek van erkenning die rekening houdt met vloeiende identiteiten zou op grond hiervan ook vloeiend moeten zijn,²¹⁴ waardoor erkenning slechts voorlopig kan zijn. Dat vraagt om een voortdurend debat wat als nadeel heeft dat er weinig zekerheid is voor toekomstige gevallen. Vooral in het strafrecht is rechtsonzekerheid echter een probleem. De impact van het strafrecht kan dermate groot zijn dat het het leven van burgers blijvend (nadelig) beïnvloedt. Juist die nadelige consequenties zouden het noodzakelijk maken de rechtszekerheid, in de zin van voorzienbaarheid, zoveel mogelijk te garanderen. Tegelijkertijd gebruikt de rechter bij de bepaling van verwijtbaarheid open begrippen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij psychische overmacht, waarin het moet gaan om het 'in redelijkheid' geen weerstand kunnen bieden aan een van buiten komende druk. Het concept redelijkheid is een standaard onderdeel van de omschrijving van psychische overmacht, zoals die in de rechtspraak is ontwikkeld. Wat redelijkheid is, is daarmee echter nog niet duidelijk. Dat geldt overigens niet alleen in relatie tot psychische overmacht, in relatie tot noodweer heeft de Hoge Raad ook een redelijkheidstoets ingevoerd, zonder nader in te gaan op de betekenis van redelijkheid.²¹⁵

Wiens redelijkheid moet dan uitgangspunt zijn voor de vaststelling van bijvoorbeeld psychische overmacht? Die vraag is bijvoorbeeld door 't Hart gesteld.²¹⁶ Deze vraag kan op twee manieren worden behandeld. Allereerst is deze vraag een juridisch-dogmatische vraag: welke mogelijkheden biedt het strafrecht flexibel te zijn? Deze vraag wordt door verschillende auteurs zo beantwoord dat de vloeiendheid van identiteiten en culturen wordt miskend.²¹⁷ Dat is zichtbaar bij Wormhoudt die in 1986 twee nauw verwante artikelen publiceerde, waarbij het eerste betrekking had op de omschrijving van culturele delicten op een vrij essentialistische wijze²¹⁸ en het tweede dat

²¹⁰ Zie Tully 2000, p. 478.

²¹¹ Shachar 2001a, p. 25-28.

²¹² Zie hoofdstuk 3, nr. 160.

²¹³ Zie Habermas 1998, p. 208-210, 260.

²¹⁴ Zie Tully 2000, p. 479-480.

²¹⁵ Hoofdstuk 2, nr. 66.

²¹⁶ 't Hart in noot onder 18 september 1989, *NJ* 1990, 291.

²¹⁷ Zie Markell 2003, p. 19-21.

²¹⁸ Wormhoudt 1986a. Wormhoudt spreekt hier in de eerste plaats van eer als onderdeel van 'de' Turkse samenleving (p. 163), alsof iedereen in Turkije eer hetzelfde interpreteert en 'de' Turkse samenleving, zijnde een gemeenschap met één cultuur bestaat. Tevens wordt eerwraak gezien als een 'in die samenleving' aanvaardbare wijze conflictoplossing gezien (p. 165). Van Turken in Nederland wordt gezegd dat zij 'in crisissituaties [zullen] teruggrijpen op de regels die de traditie in

de vraag behandelde hoe op deze delicten moet worden gereageerd. Hetzelfde doet Knoops in zijn verhandeling over eerwraak.²¹⁹ Die essentialistische interpretatie van identiteiten maakt het vrij eenvoudig om aan te geven welke reactie gewenst is. Immers, iemand handelt op basis van een vaststaande identiteit op een vooraf bekende manier. Het enige wat het recht hoeft te doen om te erkennen is de gedragingen in te passen in de bestaande systematiek van het recht. Daarmee is echter nog niet gezegd dat formele vernedering wordt tegengegaan. Eerder is het zo dat op basis van vrij minimaal onderzoek wordt vastgesteld wat de identiteit van een verdachte is, welke culturele normen hij volgde en dat het recht moet worden aangepast aan de door de verdachte uitgedragen identiteit. Het effect hiervan is dat op het eerste gezicht wellicht recht gedaan is aan een identiteit, maar zoals we bij de behandeling van cultureel verweer in hoofdstuk 3 zagen is dit een oplossing voor de korte termijn die op langere termijn de verdachte schade kan berokkenen.²²⁰

Daarnaast kan de vraag naar redelijkheid worden beantwoord door een bepaald perspectief te kiezen dat aangeeft waarom vernedering moet worden tegengegaan. Daarvoor wijst 't Hart naar het concept van de democratische rechtsstaat.²²¹ In een democratische rechtsstaat, zo stelt 't Hart, moeten burgers zoveel mogelijk vrijheid kunnen genieten hun leven richting te geven, maar ook vanuit hun identiteit kunnen bijdragen aan de constante vormgeving van de politieke gemeenschap waarin zij leven. Een democratische rechtsstaat garandeert met andere woorden burgerschap dat zo wordt opgevat dat daarin zowel de mogelijkheden om deel te nemen aan de politieke gemeenschap worden gegarandeerd, als wel de ruimte om die deelname vanuit de eigen zich voortdurend ontwikkelende identiteit te laten plaatsvinden. Een democratische rechtsstaat moet met andere woorden de belemmeringen wegnemen die een dergelijke deelname onmogelijk maakt. Maar daarmee zijn we er echter nog niet. Volgens mij wil 't Hart met de vraag naar redelijkheid ook iets anders zeggen. Wat redelijk is, is niet alleen afhankelijk van wat door individuele burgers als redelijk wordt beschouwd (op basis van hun zich telkens ontwikkelende identiteit), maar ook afhankelijk wat de democratische rechtsstaat kan aanvaarden. De democratische rechtsstaat is immers een polyfone democratische rechtsstaat, waarin weliswaar een veelheid aan verschillende geluiden kan worden gehoord, maar waarin kakofonie (chaos) moet worden voorkomen.²²² Erkenning houdt dan niet alleen in dat zoveel mogelijk formele vernedering moet worden voorkomen opdat volwaardig burgerschap kan worden bereikt. In termen van Markell is erkenning ook introspectief.²²³

het eigen dorp resp. de Islam heeft aangegeven.' (p. 166). Van enige keuzevrijheid lijkt m.a.w. geen sprake te zijn. Turken doen wat hun cultuur hen opdraagt en die cultuur is ook na komst naar Nederland niet veranderd. Zie ook Hasselo 1980.

²¹⁹ Knoops 1998, p. 253-255.

²²⁰ Hoofdstuk 3, nrs. 139-140. Allochtone ouders kunnen dan die ene keer wel profiteren van een essentialistische interpretatie van hun cultuur, maar een volgende keer kan die interpretatie tegen hen werken. Dan kunnen zij echter niets doen om die interpretatie bij te stellen.

²²¹ 't Hart 1997, p. 299-302, 't Hart 2001, p. 242 waarin hij aangeeft dat het respect voor culturele verschillen altijd plaatsvindt vanuit het positieve recht en nooit helemaal op basis van het perspectief van de allochtone justitiabele. Die heeft wel invloed op de interpretatie van het recht, maar niet zodanig dat die invloed de grondslagen van het recht ondermijnt. Het gevolg hiervan bij de vaststelling van het verwijt is dan, zoals ik zal aangeven, dat het verwijt niet alleen vanuit het perspectief van de dader kan worden vastgesteld.

²²² Zie hoofdstuk 3, nr. 181.

²²³ Markell 2003, p. 34.

278. Erkenning houdt niet alleen in het openstellen voor de verhalen van de ander.²²⁴ De staat, bij monde van de strafrechter, moet nagaan welke omschrijving van een identiteit binnen het perspectief van de democratische rechtsstaat kan worden verwerkt, welke mogelijkheden op basis van het eigen kader van waaruit wordt gehandeld nog kunnen bestaan om de verhalen van de ander, waarmee deze zijn identiteit heeft gevormd en vormt, te verwerken. Het gaat hier volgens Markell niet om het bij voorbaat onmogelijk maken andere verhalen te leren kennen en te gebruiken voor de eigen ontwikkeling.²²⁵ Introspectie heeft vooral een praktische betekenis: de verhalen die anderen vertellen kunnen bijdragen tot een beter begrip van onszelf, maar garanderen niet dat die verhalen ons beeld van de wereld zullen veranderen. Met andere woorden, de claim dat men op basis van een bepaalde set normen heeft gehandeld en men stelt niet anders te hebben kunnen handelen, moet worden angehooord en moet door middel van reflectie met het eigen kader in dat kader worden verwerkt, zonder dat kader zelf terzijde te stellen. Erkenning houdt geen cultuurrelativisme in. Erkenning is niet het opzij stellen van het eigen kader, de regels en begrippen die de primaire waarden van de democratische rechtsstaat vormen, maar 'omvat handelen en beantwoorden vanuit het kader dat wij kennen.'²²⁶ Dat betekent volgens Markell niet, wat Taylor wenst,²²⁷ een 'fusie van horizonnen' die de inhoud van onze kennis (over bijvoorbeeld redelijkheid) bijstelt, maar is een uitdaging van de eigen kennis. De ontmoeting met de ander en de uitdaging die de ander door die ontmoeting voor ons eigen begrip van de wereld met zich brengt, vormt het startpunt van een discussie waarin geen 'a priori uitspraken' over de mogelijkheid van erkenning van identiteiten en op basis daarvan verrichte handelingen worden gedaan.²²⁸

Erkenning moet dan ook niet te ambitieus worden opgevat. Het erkennen van de ander doordat na uitdaging van de eigen kennis het perspectief van de ander bijdraagt aan een andere invulling van onze kennis betekent niet dat haat of afkeuring wordt omgezet in liefde of goedkeuring. Erkenning betekent in termen van Markell 'tot een vergelijk komen'.²²⁹ Daaruit blijkt een zekere bescheidenheid die ook het recht past. Markell zelf noemt dit 'tot een vergelijk komen' vanuit de eigen kennis echter geen erkenning meer, maar 'acknowledgment' dat ook als erkenning kan worden vertaald maar dat hij gebruikt om te voorkomen dat onvoldoende achting wordt geslagen op het perspectief van degene die moet erkennen. Erkennen kan, zo stelt Markell, te makkelijk gepaard gaan met het ontkennen van de beperkte mogelijkheden die de erkenner heeft om te kunnen erkennen. Met 'acknowledgment', een term die Markell onder andere vindt bij Tully,²³⁰ wil hij vooral deze beperkte mogelijkheden om te erkennen benadrukken.²³¹ In de eerste plaats geldt dat erkenning een voortgaand proces is waarin geen definitief eindpunt van erkenning kan worden vastgesteld. In Rawls' termen bestaat er een 'familie' van concepties van erkenning die aan de ene kant wel verwijzen naar een gemeenschappelijke basis, in mijn visie als gelijkwaardig burger aan een politieke gemeenschap moeten kunnen deelnemen, maar waarvan de uitwerking daarvan per burger verschilt al naar gelang de claim die de betreffende burger in de sa-

²²⁴ Zie Tully 1995, p. 167.

²²⁵ Markell 2003, p. 34.

²²⁶ ...'involves acting on and responding to what we know' (Markell 2003, p. 34).

²²⁷ Ch. Taylor, p. 67.

²²⁸ Markell 2003, p. 36.

²²⁹ Markell 2003, p. 38.

²³⁰ Zie Tully 2000.

²³¹ Zie Markell 2003, p. 33-34.

menleving heeft.²³² Er is op basis hiervan geen uniforme uitkomst van erkenning te geven. Of in een concrete casus sprake is van erkenning, hangt af van de omstandigheden van het geval. Dit brengt me op een volgend punt.

In de tweede plaats dagen de verschillende inhoudelijke claims tot erkenning, hoewel gericht op hetzelfde (volwaardig burgerschap), de erkenner telkens uit om na te gaan of erkenning van een bepaalde claim mogelijk is. Met andere woorden, niet elke claim tot erkenning moet tot hetzelfde resultaat leiden. Dat komt neer op onverschilligheid van de claim (gelijkheid betekent dat erkenning zonder nadenken hoeft plaats te vinden), maar ook onverschilligheid ten aanzien van de effecten van erkenning op het eigen stelsel van normen (cultuurrelativisme). Met acknowledgment tracht Markell dat te voorkomen. 'Acknowledgment' verwijst naar het kennen maar ook naar de mogelijkheid om met het eigen kennen andere opvattingen en ideeën in het eigen kennen op te nemen en te gebruiken voor een beter begrip van zichzelf. Acknowledgment legt de nadruk niet op de ander, maar op het toelaten van het perspectief van de ander, de identiteit en elementen die bij identiteitsvorming horen en het uitdagen van het eigen kennen om de ander te leren begrijpen.²³³ Dit moet worden uitgewerkt voor het strafrecht. Welke mogelijkheden biedt erkenning in de vorm van 'acknowledgment' om inzicht te verschaffen in de wijze waarop verwijtbaarheid wordt vastgesteld bij allochtone justitiabelen die claimen dat zij vanwege hun cultuur niet anders stelden te kunnen handelen?

5.4.4 *Erkenning en verwijtbaarheid*

279. Als gezegd is erkenning geen proces met een afgebakend einde. Tully stelt letterlijk:

'Recognition in theory and practice should not be seen as a *telos* or end state, but as a partial, provisional, mutual, and human-all-too-human part of continuous processes of democratic activity in which citizens struggle to change their rules of mutual recognition as they change themselves.'²³⁴

In deze omschrijving van erkenning zitten een aantal aspecten die voor het strafrecht van belang zijn. a) Ten eerste is erkenning geen project dat is gericht op het bereiken van een ideale samenleving, b) ten tweede is erkenning niet het resultaat van een in alle gevallen gelijkwaardig proces, c) ten derde moet bij erkenning rekening worden gehouden met de verschillende manieren waarop identiteiten worden gevormd en de invloed van cultuur op die identiteiten en d) ten vierde vindt erkenning niet plaats van een individu door een ander individu (de verdachte door de rechter bijvoorbeeld), maar door rekenschap te geven van de plaats van het individu in de politieke gemeenschap en de gevolgen die het erkennen van een bepaalde identiteit kan hebben voor anderen.

²³² Rawls 1999, p. 175. Of zoals Tully (2000, p. 479) stelt: erkenning mag nooit samenvallen met stereo-typering van een bepaalde identiteit, maar moet worden gezien als een proces waarin de veelzijdigheid waarin wij onze identiteit tot uitdrukking brengen mogelijk wordt gemaakt en de situaties waarin wij een bepaald deel van onze identiteit willen tonen en daarnaar wensen te handelen serieus wordt genomen.

²³³ Markell 2003, p. 35-36.

²³⁴ Tully 2000, p. 477.

280. Ad a) In de eerste plaats is erkenning geen project dat gericht is op het bereiken van de ideale samenleving. Het bereiken van een ideale samenleving zou namelijk kunnen leiden tot een kakofonie van opvattingen, zonder dat er een gemeenschappelijke morele (iedereen bindende) grondslag van het handelen mogelijk is.²³⁵ Dit relativisme moet worden afgewezen. Een samenleving die elke opvatting van het goede leven, elke invulling van een identiteit aanvaardbaar acht heeft geen normen op basis waarvan kan worden gehandeld. Burgers zullen dan geen idee hebben hoe zij zich in bepaalde situaties hebben te gedragen, omdat elk gedrag wordt aanvaard. Het handelen vindt echter plaats op basis van reeds gegeven, zij het telkens veranderlijke, sociale normen die richting geven aan de wijze waarop wij ons in bepaalde situaties hebben te gedragen. Dat draagt er ook aan bij dat erkenning nooit op zichzelf leidt tot het ontkennen van handelingsvrijheid omdat op grond van bepaalde normen wordt gehandeld. Erkenning vormt een proces op basis waarvan burgerschap wordt gegarandeerd en daarin ruimte is voor een diversiteit aan opvattingen en ideeën die tezamen een identiteit vormen. Vanuit dat besef van burgerschap kan vervolgens de vraag worden gesteld of in een concrete casus verwijtbaar is gehandeld. Het antwoord op de vraag of verwijtbaar is gehandeld kan dan ook nooit worden beantwoord door te zeggen dat iemands identiteit dat handelen vereist, maar hangt samen met individuele condities en vraagt om inzicht in de persoon van de dader.

281. Ad b) In de tweede plaats is erkenning niet het uniforme resultaat van een in alle gevallen gelijkwaardig proces. Wat wordt erkend is persoonlijk en daarmee altijd een partiële en in relatie tot andere gevallen voorlopig resultaat van onderhandeling. Dit is ten aanzien van de vaststelling van het verwijt niet minder het geval. Immers, bij de vaststelling van het verwijt wordt een individuele relatie tot normen vastgesteld aan de hand van een op een bepaald moment omschreven identiteit, die overigens nooit als de enig juiste interpretatie van een identiteit mag worden gezien. Het vaststellen van die individuele relatie betekent dat vooral de individuele verdachte de ruimte moet worden geboden om zijn verhaal te doen. Eerder is al aangegeven dat voor de bepaling van het verwijt juist het verhaal van de verdachte kan bijdragen tot de aannemelijkheid daarvan.²³⁶ Dat verhaal moet mogelijk zijn om het recht uit te dagen te reflecteren op de betekenis van de eigen systematiek en inhoud van begrippen.²³⁷ Het verhaal zet namelijk een narratief weten neer dat het recht 'mogelijkheden en gezichtspunten aandraagt' om over het eigen juridische weten te reflecteren.²³⁸ Die reflectie is mogelijk door, ten eerste, het beginsel van hoor en wederhoor (audi et alterem partem) dat volgens onder andere Corstens tot de kern van het strafproces behoort en bijvoorbeeld aan artikel 6 lid 1 EVRM ten grondslag ligt.²³⁹ Die reflectie is ten tweede

²³⁵ Zie Gutwirth 1998, p. 151.

²³⁶ Aldus ook nog Corstens 2005, p. 640-641.

²³⁷ Zie Nussbaum 1995, p. 10, Foqué 1987, p. 87, Foqué 1996, p. 123, Claes 2003b, p. 138.

²³⁸ Foqué en 't Hart 1990, p. 365, 369.

²³⁹ Corstens 2005, p. 61. Het beginsel van hoor en wederhoor komt tot uitdrukking in de ondervraging van de verdachte (artikel 286 Sv) waarbij naar mijn mening zoveel mogelijk ruimte moet worden gegeven voor de verdachte om antwoord te geven op door de overige procesdeelnemers gestelde vragen. We kunnen ook denken aan het laatste woord, waarin het laatste wederhoor ter zitting mogelijk is (artikel 311 lid 4 Sv). In de jurisprudentie wordt aangenomen dat het laatste woord de verdachte mag worden ontnomen als geen nieuwe aspecten naar voren komen of 'het aangevoerde niet in verband staat met de berechting' (Wöretshofer in *T&C Sv* aant. 5 bij art. 311 Sv onder verwijzing naar o.a. HR 7 april 1987, *NJ* 1988, 265.). Mijns inziens moet met het ontnemen van het laatste woord zuinig worden omgegaan. Juist omdat het kunnen vertellen van een

ook mogelijk door het al eerder bekritiseerde afbeeldingsdenken.²⁴⁰ Het voorkomen daarvan maakt onder andere mogelijk het recht te confronteren met zijn eigen verhaalstructuur, wanneer dat als enige werkelijkheid wordt gepresenteerd. Die confrontatie kan onder andere plaatsvinden door andere wetenschappen, zoals de culturele antropologie.²⁴¹ De culturele antropologie brengt immers andere culturen in kaart, waardoor zij zich in de unieke positie bevindt het geldende recht en daarin voorkomende theoretische veronderstellingen, te confronteren met een ander weten. Die confrontatie heeft de culturele antropologie de laatste jaren steeds vaker kunnen doen aangaan doordat cultureel antropologen als deskundigen in strafzaken – waar culturele delicten aan de orde waren – worden ingeschakeld. Er moet in dit verband wel worden opgepast voor confrontaties op basis van een essentialistische interpretatie. Uit de jurisprudentie blijkt nogal eens dat deskundigen een essentialistische interpretatie van cultuur hanteren. Dat zagen we bij één van de deskundigen in de Veghelse zaak,²⁴² maar ook in andere zaken zien we een te simplistische interpretatie van cultuur terugkomen.²⁴³ De rechter zal dus altijd moeten proberen kritisch te zijn, zich moeten uitdagen of wat hij verneemt ook kan worden gefalsificeerd. Ik werk dit uit in het volgende hoofdstuk.

Een verdachte die echter wijzigt of niet meewerkt met de deskundige die over de verdachte en rapportage opstelt, zal de rechter niet met het alternatieve weten kunnen confronteren. Dat roept de vraag op in hoeverre het aan de rechter zelf zal moeten zijn om die confrontatie op te zoeken. In relatie tot gewetensbezwaarden is zulks in eerste instantie inderdaad bepaald. De Hoge Raad stelde immers dat de rechter moet onderzoeken in hoeverre het verweer van de verdachte als een strafuitsluitingsgrond moet worden opgevat.²⁴⁴ Dit standpunt is door de Hoge Raad al langere tijd geleden verlaten. De verdachte heeft in dezen een eigen verantwoordelijkheid.²⁴⁵ Hij hoeft immers niet te pleiten voor erkenning, waardoor hij ook niet hoeft te zijn geïnteresseerd in het uitdagen van het recht met een ander weten.²⁴⁶ Tegelijkertijd moet worden opgepast de verdachte monddood te maken. Een actieve participatie aan het strafproces door de verdachte moet met andere woorden formeelrechtelijk mogelijk zijn, zelfs als de ver-

verhaal bijdraagt tot een gevoel serieus genomen te worden (zie Corstens 2005, p. 569), is het laatste woord bij uitstek de gelegenheid om formele vernedering weg te nemen.

²⁴⁰ Zie hoofdstuk 3, nrs. 169-171.

²⁴¹ Zie 't Hart 1983, Broekman 1979.

²⁴² Zie nr. 240 in dit hoofdstuk.

²⁴³ Zie bijv. HR 15 april 1986, NJ 1986, 741. De deskundige was in deze zaak van oordeel dat het handelen op basis van een bepaalde culturele achtergrond altijd strafverminderend moet werken. Een dergelijke opvatting gaat uit van de veronderstelling dat die achtergrond de mens altijd zo determineert dat geen andere keuzes gemaakt kunnen worden. De rechter nam dit zonder nadere argumentatie over. Juist dat laatste moet m.i. worden voorkomen. De rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid in deze en mag er dus niet zomaar vanuit gaan dat het handelen op basis van een culturele achtergrond zo determinerend is dat de strafrechter daar altijd in strafverminderende zin rekening mee moet houden.

²⁴⁴ HR 20 juni 1950, NJ 1951, 349, HR 20 juni 1950, NJ 1951, 350, m.nt. WP.

²⁴⁵ Zie o.a. HR 17 april 1962, NJ 1963, 15, HR 11 oktober 1977, NJ 1978, 101.

²⁴⁶ Dit hangt samen met wijze waarop de verdachte zich in zijn strafzaak beweegt. Is hij overtuigd van zijn gelijk, dan zal hij sneller actief willen opereren in zijn strafzaak. Overtuigingsdaders pleugen echter delicten om politieke of ideologische motieven en gebruiken de strafzaak als forum die motieven voor een breder publiek ten gehore te brengen (Aerts 1983). Veelal zien we bij culturele delicten een dergelijke drang de strafzaak als forum voor het eigen gelijk te gebruiken niet (Siesling 2006). Dat hangt niet alleen samen met de wellicht gebrekkige (talige) mogelijkheden voor de pleger van het culturele delict om zijn perspectief aan de orde te brengen, maar ook omdat hij met zijn delict de wereld niet wil verbeteren. Hij meent bijv. te hebben gehandeld omdat zijn cultuur hem daartoe dwong. Daarvoor hoeft hij geen spektakel te maken.

dachte er geen gebruik van wil maken.²⁴⁷ Dat kan alleen wanneer hij de beschikking heeft over een goede raadsman, voldoende procesrechtelijke mogelijkheden heeft het verhaal van het recht met een ander verhaal te confronteren (zoals door het kunnen inschakelen van contra-expertise), maar ook door een rechter die de belangen van de verdachte niet laat ondersneeuwen ten voordele van een op efficiëntie gerichte strafrechtspleging. Die rechter zal de verdachte mijns inziens dan ook de ruimte moeten geven zijn verhaal te vertellen, ook al is dat verhaal niet helemaal in de juiste juridische terminologie gevat. In termen van Ter Heide moet de rechter soms kijken en luisteren, maar niets zeggen ('don't talk, but look and listen').²⁴⁸

282. Ad c) In de derde plaats is erkenning een wederzijds proces waarin niet alleen de belangen van die ene burger die erkenning vraagt, maar ook de belangen van anderen worden meegewogen. Erkenning vindt niet plaats in een dialoog tussen twee personen, maar in een gesprek met verschillende gesprekspartners die worden beïnvloed door de beslissingen die bepaalde personen nemen en de ruimte die zij van anderen krijgen.²⁴⁹ De rechter zal zich ervan moeten vergewissen dat zijn beslissing weliswaar erkenning geeft aan een verdachte, doordat hij door middel van erkenning aangeeft dat de verdachte in de gegeven omstandigheden niet anders had kunnen handelen, maar die erkenning kan alleen dan plaatsvinden als de belangen van derden, met name het slachtoffer, niet te diep worden geschonden en er in dat geval sprake is van vernedering en miskenning. In de Veghelse zaak zagen we bij de beoordeling van psychische overmacht de belangen van het slachtoffer terugkeren in een algemene norm, namelijk dat het recht op leven slechts bij hoge uitzondering straffeloos mag worden geschonden. De rechtbank toonde hiermee het besef dat begrip voor de verdachte niet gepaard mag gaan met automatische clementie die vernedering van de slachtoffers met zich brengt.²⁵⁰ Buruma stelt in dit verband dat de materiële vernedering van bestraffing niet altijd opweegt tegenover het volgen van 'verwerpelijke normen.' Hij stelt dat de strafrecht zelfs 'verwacht' 'dat men [verdachten, JMtV] de vrijheid neemt zich te onttrekken aan zijn geworpenheid'. Iedereen heeft de mogelijkheid zich tegen een vermeend lot te keren. 'En dus verwijten wij het degenen die hebben nagelaten zich te onttrekken aan hun geconditioneerdheid', aldus Buruma.²⁵¹

Het gaat mij te ver dit citaat te letterlijk te nemen. Daarmee zou elke invloed van cultuur bij voorbaat al terzijde kunnen schuiven, omdat die invloed op zichzelf al verwijtbaar nalaten is aan die cultuur te ontsnappen. Dat zou in een constructivistische visie op cultuur, zoals ik deze hierboven heb omschreven,²⁵² wel kunnen passen. Immers, in een dergelijke visie op cultuur wordt het handelen op basis van cultuur wel

²⁴⁷ Zie kritisch Franken 2004. In deze oratie stelt Franken dat de verdachte vaak wel erg snel een eigen verantwoordelijkheid wordt aangemeten, zonder dat daartegenover voldoende mogelijkheden bestaan om ook die verantwoordelijkheid in daden om te zetten. Ook Siesling merkt in dit verband op dat vaak erg veel van advocaten wordt verwacht, terwijl die vaak niet de middelen (financieel of juridisch) hebben aan deze verwachtingen te voldoen. De kans dat de advocaat zijn verdediging dan vrij summier opvat en daardoor de verdachte niet in staat wordt gesteld zijn verhaal te kunnen doen is dan (te) groot. Zie Siesling 2006.

²⁴⁸ Ter Heide 1970. Zie ook Foqué 2005. Dit impliceert geen passieve rechter, maar een rechter die de bereidheid toont om zich in de persoon van de verdachte te verdiepen wanneer deze aan het woord is. Dan pas, in de ontmoeting tussen personen, is kennis van andermans identiteit immers mogelijk. Pas dan ook, kan de ander het gevoel hebben serieus genomen te worden.

²⁴⁹ Zie Tully 2000, p. 475.

²⁵⁰ Zie in algemene zin Buruma 1996, p. 33.

²⁵¹ Buruma 1996, p. 20, 21.

²⁵² Zie nrs. 256-257 in dit hoofdstuk.

gezien als het maken van strategische keuzes die zijn bedoeld om bij de schaarse verdeling van goederen zo goed mogelijk toebedeeld te worden.²⁵³ Een dergelijk gebruik van cultuur kan niet worden gezien als het niet anders *kunnen* handelen, omdat er buiten de vrijheid om gelegen situaties waren. Dergelijk handelen is altijd uit vrije wil, zelfs dusdanig dat men bereid is de belangen van anderen daarvoor op te offeren.²⁵⁴ Mijns inziens kan echter niet bij voorbaat worden gesteld dat iemand verwijtbaar handelt als hij zich niet ontworstelt aan zijn cultuur. Of een verdachte op basis van zijn culturele normen niet anders kon handelen is juist wat de rechter moet uitzoeken. Een antwoord van de rechter kan inderdaad zijn dat hij niet uit vrije wil handelde, maar dat antwoord kan pas na onderzoek worden gegeven. Hoe de rechter tot dat antwoord kan komen, volgt hieronder. Tegelijkertijd wil Buruma met het citaat aangeven dat de rechter niet uit moet gaan van de geconditioneerdheid van het handelen. Dit betekent dat de rechter de verdachte moet uitnodigen zijn verhaal te doen zonder dat verhaal als de enig juiste interpretatie van de feiten te erkennen. Het direct aanvaarden van het verhaal van de verdachte is het andere uiterste en hangt samen met een essentialistische visie op cultuur die eveneens is afgewezen. Uiteindelijk moet ervan worden uitgegaan dat handelingsonvrijheid een uitzonderlijke situatie is en de verdachte meestal kan kiezen of hij het strafbare feit zal plegen.²⁵⁵

283. Ad d) In de vierde plaats is erkenning in een individueel geval onderdeel van een groter debat waarin veel meer belangen dan in dat ene individuele geval een rol spelen.²⁵⁶ Ik gaf al aan dat erkenning plaatsvindt in een proces waarin meerdere partijen betrokken zijn. Die veelzijdige betrokkenheid betreft niet alleen de verdachte en het slachtoffer,²⁵⁷ maar is in het strafrecht een confrontatie tussen het verhaal van de verdachte en het verhaal van het strafrecht. Die confrontatie is niet een abstract debat, maar vindt plaats in ‘real time’, in een strafproces waarin de verdachte ter verantwoording wordt geroepen voor hetgeen hem ten laste is gelegd. Dat het debat in real time plaatsvindt, heeft twee consequenties. Allereerst is de tijd voor een debat beperkt. Het strafproces is – zeker in Nederland – strak gepland en rechters zijn doordrongen van de kostbaarheid van een strafzaak en hebben zich daardoor geconformeerd aan een zeker tempo. Hoewel dat tempo de eerlijkheid en grondigheid van een zaak niet mag verstoren, kan het debat in de rechtzaal niet eeuwig duren. Dat geldt ook voor de beraadslagingen na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting. Die beraadslagingen mogen namelijk maximaal twee weken duren (artikel 345 lid 3 Sv).²⁵⁸ De rechter zal in zijn vonnis moeilijke problemen niet uit de weg mogen gaan, zeker niet als op dergelijke problemen uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd. Het oordeel kan er in bestaan

²⁵³ Zie Tempelman 1999a, p. 74-75.

²⁵⁴ Zie Maris van Sandelingenambacht 2001, p. 1710.

²⁵⁵ Zie Buruma 1998, p. 7, Mooij 2004a, p. 88-89, D.H. De Jong 2004, p. 1051.

²⁵⁶ Zie Tully 2000, p. 474, 479.

²⁵⁷ Ervan uitgaande dat er sprake is van een slachtoffer, wat bij de in dit proefschrift behandelde culturele delicten, meisjesbesnijdenis, bloedwraak, eerwraak, bedreiging onder invloed van winti, mishandeling de dood ten gevolge vanwege het uitvoeren van een brua-ritueel het geval is.

²⁵⁸ Die termijn is niet alleen om proceseconomische redenen van belang. De verdachte moet niet te lang in onzekerheid worden gehouden over de gevolgen van het proces dat tegen hem is gevoerd. Dat verklaart ook waarom in artikel 345 lid 2 Sv de mogelijkheid van vervroeging van de uitspraak is neergelegd. De verdachte moet niet langer in onzekerheid worden gehouden dan noodzakelijk. Zeker als de rechtbank er vrij snel van overtuigd is dat het ten laste gelegde niet bewezen kan worden, zal bij vervroeging uitspraak worden gedaan. Zie ook Corstens 2005, p. 798.

kennis te hebben genomen van de discussie, respect te hebben voor het standpunt van de verdachte maar toch uitspraak te doen op basis van geldend recht.²⁵⁹ Dat vormt immers het enige houvast op een dergelijk moment.

Dit brengt mij op het tweede punt. Het debat vindt altijd plaats vanuit het geldend recht, dat weliswaar niet onveranderlijk is, maar toch een maatstaf biedt voor de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag. De rechter zal zich in het geval de verdachte aangeeft niet anders te hebben kunnen handelen, omdat zijn culturele normen hem daartoe hebben gedwongen, op basis van geldend recht moeten afvragen of dat verweer kan worden gehonoreerd. Dat geldend recht vormt de kennis van waaruit het andere weten een plaats kan krijgen.²⁶⁰ Markell wijst hier met nadruk op en geeft daarmee niet alleen aan dat de ruimte voor erkenning niet te veel moet worden opgeblazen, maar het andere weten vormt altijd een uitdaging voor het geldend recht en die uitdaging is op zichzelf al een middel om formele vernedering tegen te gaan.²⁶¹ Zoals in hoofdstuk 3 is reeds aangegeven, is het andere weten een in het recht zelf gelegen uitdaging.²⁶² Dat alleen al is volgens Tully een aanjager voor vergroting van zelfrespect en eigenwaarde onder allochtone minderheidsgroepen, omdat het verhaal dat allochtonen kunnen vertellen een concrete invulling is van ander weten. Door het verhaal van de eigen cultuur te vertellen, ingebed in een bepaalde interpretatie daarvan en tot uitdrukking gebracht in een bepaalde identiteit, wordt het recht al uitgedaagd. Dat op zichzelf genereert volgens Tully al een idee bij de rest van de politieke gemeenschap te horen.²⁶³

Immers, de politieke gemeenschap moet zich bewust zijn van de uitdagingen waarmee ze wordt geconfronteerd door een ander weten en dus niet zelfgenoegzaam achterover leunen waar het gaat om het vaststellen van strafbaarheid van (allochtone) justitiabelen. De concretisering van een ander weten door het vertellen van een verhaal dat het recht uitdaagt vormt tegelijkertijd een uitdaging voor allochtonen nu zij zich door het voeren van een erkenningsstrijd bewust worden van hun positie in een politieke gemeenschap, niet alleen de vernederende elementen ervan, maar ook van het feit dat zij burger zijn en aan burgerschap zekere verplichtingen verbonden zijn. De confrontatie met een ander weten kan alleen vanuit het verhaal dat ook door het recht wordt verteld. Aan de ene kant belemmert dat de burger om zijn eigen taal te gebruiken, hij zal die taal moeten aanpassen aan de taal van het recht.²⁶⁴ 't Hart noemt dit de 'macht van de verhaalstructuur' die het recht heeft ontwikkeld en waarin ook in het strafrecht het debat moet worden gevoerd. De procesdeelnemers, ook de verdachte, zullen die verhaalstructuur moeten accepteren, maar tegelijkertijd moeten inzien dat die verhaalstructuur is gevormd door bepaalde verhalen en daardoor door andere verhalen kan worden herzien.²⁶⁵ Maar het uitdagen door andere verhalen vindt plaats vanuit een gegeven structuur. Die structuur wordt gevormd door de bestaande democratische gemeenschap. Daarin zijn de leden burgers en als zodanig staan zij altijd in een nauwe relatie tot andere burgers. Die relatie, door Schalken een systeem van rechtsbetrekkingen genoemd omdat een relatie tussen burgers door rechtsnormen

²⁵⁹ Dat wil zeggen het positieve recht, niet alleen de bestaande wetgeving, maar ook aan wetgeving ten grondslag liggende rechtsbeginselen.

²⁶⁰ Zie hoofdstuk 3, nrs. 179–182. Zie nog Foqué 1996, p. 123.

²⁶¹ Markell 2003, p. 30–34.

²⁶² Zie hoofdstuk 3, nr. 182.

²⁶³ Tully 2000, p. 480.

²⁶⁴ Zie Habermas 1998, p. 260.

²⁶⁵ Zie 't Hart 1983.

wordt gereguleerd,²⁶⁶ gaat altijd gepaard met verantwoordelijkheden ten opzichte van anderen en de gemeenschap als zodanig.²⁶⁷

284. Een rechter die met claims van erkenning wordt geconfronteerd, zal die claims dan ook zo moeten behandelen dat daarin enerzijds het andere weten aan bod komt en de verdachte daarmee het geldende positieve recht kan uitdagen, maar de rechter zal anderzijds bij de behandeling van dat andere weten altijd in het achterhoofd moeten houden dat erkenning alleen dan kan plaatsvinden als de consequenties in overeenstemming zijn te brengen met de principes van de democratische rechtsstaat die door elke *burger* daarvan moet worden omarmd. De beoordeling van verwijtbaarheid geschiedt dan ook niet op basis van een subjectief perspectief, waarin de opvattingen van de verdachte centraal staan. Dat perspectief heeft twee problemen. Ten eerste wordt vanuit dit perspectief een identiteit voor vaststaand gezien. De verdachte omschrijft zijn identiteit dan op essentialistische wijze. Hij kon niet anders, want de gemeenschap waarvan hij lid is, dwingt hem te handelen naar de gemeenschappelijke normen die onveranderlijk zijn en waaraan hij geen weerstand kan bieden. Zou de rechter dat perspectief overnemen, dan weegt hij wel de identiteit van de verdachte mee in de beoordeling van het verwijt, maar miskent de strategische wijze waarop individuen cultuur *kunnen* gebruiken. Tevens maakt hij elke discussie onmogelijk. De rechter is niet in staat de verdachte te benaderen en hem kritische vragen te stellen (omdat het antwoord zal zijn dat ‘het nu eenmaal zo hoort’). Ten tweede dreigt het gevaar dat een subjectieve beoordeling van het verwijt, dus volledig vanuit het perspectief van de verdachte, te eenzijdig wordt opgevat. De verdachte zal zijn perspectief zodanig inkleuren dat hij volledig anders is dan anderen en daarom onvergelykbaar is met reguliere gevallen en zijn verweer dat hij niet verwijtbaar heeft gehandeld, moet worden gehonoreerd. Hoewel elk individu uniek is en die uniciteit door het recht moet worden gewaarborgd neemt dit niet weg dat hij ook burger is en zich als burger heeft te binden aan de fundamenteën van de democratische rechtsstaat. Dat de beoordeling van het verwijt geïndividualiseerd is, neemt niet weg dat de mate waarin kan worden geïndividualiseerd begrensd is. Verwijtbaarheid heeft immers ook een juridische betekenis. Die juridische betekenis heeft tot gevolg dat de rechter het verweer van de verdachte moet vertalen. Dat betekent ten aanzien van de verwijtbaarheid mijns inziens dat hij moet nagaan of het verweer van de verdachte in overeenstemming is met de door de rechter omschreven identiteit van de verdachte, maar dat hij daarbij tevens onderzoekt of dat verweer in overeenstemming is met de eisen die aan burgerschap in een democratische rechtsstaat worden gesteld.

285. De belangrijkste eis in dit verband is het vermogen tot reflectie of overleg. Kern van deze eis is dat de mens het vermogen heeft afstand te nemen van het dagelijks handelen, zichzelf te ontstijgen en terug te kijken op wat men doet, waarom men dat doet en of men niet beter anders zou moeten handelen.²⁶⁸ In het strafrecht zien we die eis van reflectie terug in de redelijkheidseis bij bijvoorbeeld psychische overmacht. Het gaat er bij psychische overmacht namelijk niet alleen om of de mens geen weerstand kon bieden, maar of hij het vermogen tot reflectie in de onderhavige omstandigheden miste. Reflectie betekent dat in normale omstandigheden de mens in staat is zijn han-

²⁶⁶ Schalken 1987.

²⁶⁷ Tully 2000, p. 480.

²⁶⁸ Zie Mooij 2004a, p. 90.

delen te overdenken. Van iedereen wordt verwacht dat hij, tenzij er sprake is van contra-indicaties, in staat is zijn handelen te overdenken. Van hem wordt verwacht anders te kunnen handelen. Met Ter Heide zouden we dit zelfbeheersing kunnen noemen.²⁶⁹ Maar daarvan kan onder exceptionele omstandigheden geen sprake zijn. De verdachte die stelt op basis van zijn culturele achtergrond niet anders te kunnen handelen zou in dit concrete geval het vermogen tot reflectie kunnen betwisten. Ik heb aangegeven dat cultuur nooit automatisch het vermogen tot overdenking wegneemt, wel dat onder omstandigheden de culturele achtergrond zodanig van invloed kan zijn, dat die reflectie niet mogelijk is. De rechter die wordt geconfronteerd met een situatie waarin de verdachte stelt niet anders te kunnen handelen, het overleg niet mogelijk was, er zoals gezegd niet automatisch van uit moeten gaan dat dit ook zo is. Reflectie zou een dode letter worden als aan dat uitgangspunt niet wordt vastgehouden. Tegelijkertijd, om te beoordelen of er ook daadwerkelijk sprake was van reflectie zal inzicht moeten worden verkregen in de identiteit van de verdachte. Dat vraagt niet om een statische definitie maar om een dynamische omschrijving van de wijze waarop een verdachte in de regel functioneert en gebruik maakt van de achtergronden waarop hij zijn identiteit vormgeeft. Dat betekent dat een beeld moet worden geschetst van diens sociale positie ten tijde van het gepleegde delict. Reflectie als uitgangspunt wordt dus altijd gecorrigeerd door de sociale positie die iemand inneemt. Zij is wel het vertrekpunt en tevens kritische maatstaf – in de zin dat moet worden nagegaan of het verweer dat niet anders kon worden gehandeld ook daadwerkelijk het geval was – maar het vermogen tot reflectie kan pas worden vastgesteld nadat inzicht is gegeven in de identiteit van de verdachte. Het rechterlijk oordeel balanceert daarmee op nabijheid en distantie. Dat wil zeggen dat enerzijds een zo goed mogelijk beeld van de verdachte moet worden geschetst om van daaruit de vraag te kunnen beantwoorden of er vermogen was tot reflectie. Anderzijds zal, indien het antwoord is dat er geen reflectie mogelijk leek, niet automatisch handelingsonvrijheid (en dus straffeloosheid) moeten worden aangenomen. Dat volgt namelijk uit het feit dat burgerschap ook verantwoordelijkheid ten opzichte van anderen betekent. Bij twijfel, bijvoorbeeld indien blijkt dat er in de aanloop naar het delict keuzes zijn gemaakt die het plegen van het delict niet vanzelfsprekend maken, dient sneller op de verantwoordelijkheid van de verdachte als burger te worden gewezen en verwijt worden aangenomen.

5.4.5 Conclusie

286. Hiervóór is aangegeven dat de vaststelling van het verwijt inzicht in de persoon van de verdachte behoeft. Dat inzicht betekent kennis nemen van de unieke positie die hij de publieke ruimte inneemt, een positie die door anderen kan worden gekend en waarmee het individu dus niet los van zijn contingente achtergrond maar juist met die achtergrond kan worden benaderd en begrepen. Kennisnemen van die unieke positie is kennisnemen van iemands identiteit. Voor de vaststelling van schuld is kennis van de identiteit van de verdachte van belang. Een identiteit is echter geen vaststaand gegeven, die wordt bepaald door lidmaatschap van een bepaalde cultuur, maar heeft een vloeiend karakter die door allerlei bronnen kan worden beïnvloed en die identiteit ook telkens kan bijstellen. Cultuur vormt één van die invloeden op iemands identiteit. Een cultuur kan door het individu als een zeer belangrijke bron van identiteitsontwikkeling worden gezien en daarmee het handelen in sterke mate bepalen. Zij geeft dan

²⁶⁹ Ter Heide 1965, p. 122.

een 'speelruimte' om te kunnen handelen, om keuzes te maken of juist geen keuzes te maken.²⁷⁰ In het strafrecht zal rekening moeten worden gehouden met de diverse maten van speelruimte. De ene verdachte kan zich sneller ontworstelen aan bepaalde normen dan een andere verdachte. Erkenning is erop gericht de institutionele belemmeringen weg te nemen die het onmogelijk maken inzicht te krijgen in de verschillende speelruimtes die mensen hebben en de achtergronden dat die speelruimte bij elk individu afzonderlijk bepaalt. Erkenning bij de vaststelling van het verwijt betekent dan ook het verkrijgen van inzicht in de speelruimte die mensen hebben en de mogelijkheden die zij door die speelruimte hebben om in vrijheid keuzes te kunnen maken en daarnaar te handelen. Maar erkenning is niet het beschouwen van de allochtone justitiabele als een zielig individu dat wordt vernederd en daarom ruimte moet krijgen zijn identiteit te ontplooiën. Erkenning brengt opname in een politieke gemeenschap te weeg, garandeert burgerschap. Dit heeft voor de vaststelling van het verwijt een belangrijke gevolg. De vraag in hoeverre de speelruimte keuzevrijheid toelaat, vormt weliswaar een belangrijke vraag om de verwijtbaarheid te kunnen vaststellen, maar het antwoord daarop wordt bepaald door het inzicht dat in een politieke gemeenschap van burgers een zekere 'zelfbeheersing' mag worden verwacht en hij zich dus niet al te gemakkelijk mag laten leiden door bepaalde overheersende aspecten van zijn identiteit, die zowel uit de persoonlijke als de collectieve dimensie van diens identiteit afkomstig kunnen zijn.²⁷¹ Zelfbeheersing moet voorkomen dat het individu een strafbaar feit pleegt. Die zelfbeheersing heb ik uitgelegd als reflectie, het vermogen tot overleg. Als burger heeft het individu verantwoordelijkheden ten opzichte van anderen, in zoverre dat hij de ander geen nadeel mag berokkenen. Dat nadeel kan slechts dan geaccepteerd worden als blijkt dat de burger, die nooit geheel los van zijn contingente achtergrond kan worden beoordeeld, niet anders kon handelen. De rechter heeft zich altijd te vergewissen van de mogelijkheid dat de verdachte niet anders kon handelen. Of dat zo is, is een vraag die slechts op basis van het individuele geval kan worden behandeld. Daarbij geldt evenwel a) dat de rechter de verdachte altijd in staat moet stellen zijn verhaal te doen (om formele vernedering te voorkomen) en b) dat verhaal altijd moet bezien in het besef dat de burger in principe in vrijheid handelt en de mogelijkheid tot reflectie heeft, maar dat er altijd omstandigheden kunnen zijn wanneer die reflectie ontbreekt. In hoofdstuk 6 zal ik laten zien hoe die verhouding tussen de ruimte voor het verhaal van de verdachte en de beperkingen als gevolg van reflectie ten aanzien van psychische overmacht kan worden uitgewerkt.

5.5 Slotopmerkingen

287. Aan het eind van dit hoofdstuk wil ik de resultaten kort samenvatten. De vraag die ik in dit hoofdstuk heb behandeld luidt: *kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?* Ik heb deze vraag in vijf stappen beantwoord.

In de eerste plaats heb ik aangegeven dat de vaststelling van het strafrechtelijke verwijt, hoezeer ook verbonden met normen, altijd is gericht op de persoon van de dader. De neiging om het strafrechtelijk verwijt zodanig te objectiveren dat de grond-

²⁷⁰ Zie Ter Heide 1965, p. 130.

²⁷¹ Zie Ter Heide 1965, p. 122.

slag voor vaststelling van het verwijt 'Du sollst, denn du kannst' wordt, moet worden afgewezen. Normativering, dat wil zeggen het erkennen dat de handeling alleen kan worden gekend als ze in termen van de norm wordt omschreven en het verwijt dus kan worden vastgesteld als de norm waarnaar de handeling verwijst kan worden vastgesteld, miskent dat de gerichtheid op de norm altijd persoonlijk is. Daarmee bedoel ik dat wij niet allemaal op dezelfde wijze handelen naar een bepaalde norm, maar handelen vanuit een unieke positie die mede moet worden betrokken in de beoordeling van de aanwezigheid van het verwijt. Dat die unieke positie ook in een strafzaak betrokken moet worden bij de beoordeling vloeit mede voort uit rechtssubjectiviteit, die garandeert dat elke burger vanuit zijn eigen unieke positie (en de aspecten die die positie vormgeven) in staat is om zich ten overstaan van de rechter te tonen en mag verwachten dat die positie niet terzijde wordt geschoven. Kortom, ook in een theoretisch kader waarin de betekenis van de handeling kan worden gekend door de norm, is altijd ruimte voor een beoordeling van de persoon van de dader.

In de tweede plaats is de vraag hoe die persoon van de dader bij het verwijt wordt betrokken. Gewezen is op de gedachte dat het vaststellen van verwijt het vaststellen van een identiteit is op het moment van het plegen van het delict. Die identiteitsrelatie vormt de uitwerking van de opvatting dat bij de vaststelling van verwijt rekening moet worden gehouden met de persoon van de dader. Wanneer de rechter moet nagaan of de verdachte verwijtbaar heeft gehandeld, probeert hij inzicht te krijgen in wat de verdachte bewoog om op een dergelijke wijze te handelen en of hij in staat was in vrijheid te handelen. Immers, zonder vrijheid, de mogelijkheid te kunnen kiezen het strafbare feit te plegen, is van verwijtbaarheid geen sprake. Met het kennen van de identiteit van de verdachte kan worden nagegaan in hoeverre de relatie tussen het handelen en de norm een zodanig geconditioneerde relatie was, dat geen keuzes konden worden gemaakt. Een identiteit moet daarbij niet worden opgevat als een vaststaand gegeven, ontstaan bij de geboorte of enig moment in de psychische ontwikkeling, maar een identiteit heeft dialogisch karakter. We vormen onze identiteit (het antwoord op de vraag 'Wie ben ik?') in relatie tot anderen. Dat geldt niet alleen in het dagelijks verkeer, maar juist ook in het strafrechtelijk verkeer waarin een verdachte kan worden gewezen op een verkeerde interpretatie van een norm, een verkeerde identiteit voor zover de strafrechtelijke gedraging betreffende en met hem kan worden gecommuniceerd, hij kan worden aangesproken, dat hij verkeerd handelde. De vraag is in hoeverre die aanspreekbaarheid (en daaruit voortvloeiend het vaststellen van verwijtbaarheid) ook bij plegers van culturele delicten mogelijk is. Leidt het handelen van basis van cultuur niet tot een dermate vaststaande identiteit dat vrijheid van handelen niet mogelijk is? Is bij culturele delicten de verwijtbaarheid aannemelijk?

Dit brengt me tot de derde stap. Het antwoord op die vraag hangt namelijk af van de wijze waarop cultuur en identiteit zich tot elkaar verhouden. In dit hoofdstuk heb ik drie omschrijvingen daarvan gegeven. Zowel de essentialistische als de constructivistische interpretatie heb ik om diverse redenen afgewezen. De essentialistische visie op cultuur sluit mensen op in één cultuur en miskent de vrijheid die mensen hebben om een identiteit te vormen op basis van verschillende culturen, zelfs als onderdelen van die culturen met elkaar botsen. De identiteit die mensen vormen is niet dezelfde als de identiteit van de buurman of van een wildvreemde in een andere stad, maar is uniek doordat wij in staat zijn de verhalen, beelden en tastbare onderdelen van een cultuur zelfstandig interpreteren en op basis daarvan een eigen antwoord geven op de vraag wie wij zijn. De constructivistische visie op cultuur pakt dit gegeven op en werkt het

zodanig uit dat het belang van cultuur voor het handelen van mensen en het samen met anderen handelen te zeer wordt onderschat. Cultuur is geen ding dat mensen hebben, maar een fictie die wordt gebruikt in de verdeling van schaarse goederen en zo uitgelegd dat men zo anders is dan anderen waardoor men hoopt zoveel mogelijk van die schaarse goederen in handen te krijgen. Identiteit is hierdoor geen affreksel van een cultuur, cultuur wordt geïndividualiseerd en ontdaan van de gedachte dat zij richting kan geven aan het leven van mensen.

In dit hoofdstuk is gekozen voor een gematigd constructivistische visie waarin ervan wordt uitgegaan dat een identiteit weliswaar niet kan worden geïdentificeerd met een bepaalde cultuur, dat mensen ook geen lid zijn van een cultuur en handelen conform een gegeven en door hen niet te veranderen set normen. In een gematigd constructivistische visie op cultuur wordt er vanuit gegaan dat een identiteit zich dialogisch vormt en dat in die dialoog verschillende verhalen tot ons komen op basis waarvan wij zelf in staat zijn een coherent levensverhaal te vormen die wij telkens kunnen veranderen. Een dergelijke identiteit kenmerkt zich door twee dimensies, een individuele en een collectieve. De collectieve dimensie koppelt de mens aan anderen, doordat anderen net als het individu hebben gekozen te leven op basis van een bepaald verhaal dat zij weliswaar voor zichzelf vorm hebben gegeven maar waarvan de kern met anderen wordt gedeeld. Die collectieve dimensie is weliswaar een keuze. Wij kunnen erin geboren worden, maar uiteindelijk bepalen wij zelf de inhoud van die dimensie. Het omarmen van een bepaalde collectieve dimensie, hoezeer uiteindelijk sprake is van een keuze, kan betekenen dat wij tot de overtuiging komen dat wij conform bepaalde normen moeten handelen en wij niet in staat zijn te kiezen voor een andere interpretatie van die normen of in het geheel andere normen. Wanneer deze situatie zich in een geval voordoet, heeft de rechter een belangrijke taak.

Dit brengt me naar de vierde stap. Wanneer een verdachte de stelling betreft dat hem geen verwijt treft, omdat hij niet in vrijheid kon handelen, stelt hij zich op het standpunt dat vanuit zijn identiteit en de opvatting die ten aanzien van het volgen van bepaalde daaruit voortvloeit de relatie tussen het handelen en de norm er één is van moeten handelen. Met andere woorden, de verdachte stelt dat de norm niet zomaar een norm is maar een plicht om op basis van die norm te handelen en geen andere keuze te kunnen maken. De vraag is nu wat met dit verweer moet worden gedaan. Ik heb aangegeven dat ook in het strafrecht ruimte moet bestaan om een dergelijk verweer te voeren en de rechter zorg moet dragen voor een zo goed mogelijke behandeling van dat verweer. Dat vloeit voort uit het voorkomen van vernedering. Een belangrijk probleem van het strafrecht is namelijk dat het 'intrinsiek vernederend' is. Met andere woorden, het strafrecht draagt bij aan een onderdrukking van de burger, terwijl een samenleving de opdracht heeft om niet vernederend te zijn. Pas dan kan immers van een fatsoenlijke samenleving worden gesproken. Ik heb aangegeven dat die onderdrukking op verschillende manieren kan worden gedefinieerd. Mijns inziens moet worden opgepast het strafrecht zo aan te passen dat fysieke en mentale vernedering niet meer mogelijk is. Dat zou het strafrecht hoogstwaarschijnlijk zijn instrumentele karakter ontnemen en daarmee opsporing, vervolging, berechting en executie zeer moeilijk maken. Wel dient in het strafrecht op een andere wijze vernedering worden voorkomen en dat is door formele vernedering tegen te gaan, dat wil zeggen de vernedering die ontstaat wanneer een verdachte niet in staat is om als burger grip te hebben op het strafproces. Het grip hebben is vooral in verband tot het strafproces uitgelegd als de mogelijkheid actief aan het onderzoek ter terechtzitting deel te nemen, zonder daartoe

door de andere procesdeelnemers of door eigen gebrek te worden belemmerd.²⁷² Het grip hebben moet voorkomen dat de verdachte geen invloed kan uitoefenen op de oordelen die over hem worden uitgesproken. Hij dient de ruimte te hebben in debat te treden, de formeelrechtelijke mogelijkheden te hebben dat debat aan te gaan maar ook succes te kunnen krijgen wanneer hij bijvoorbeeld zijn verwijtbaarheid betwist. Dat vraagt om een systeem waarin voldoende aandacht is voor zijn identiteit.

Voldoende aandacht voor zijn identiteit leidt mij tot de vijfde stap. Om vernedering tegen te gaan is een politiek van erkenning nodig. Die moet niet worden opgevat als het omarmen van allerhande identiteiten, zuiver en alleen omdat die richting geven aan het leven. Het gevaar van essentialisme, zoals bij Taylor, ligt dan op de loer. Erkenning heb ik aan de hand van vier uitgangspunten nader omschreven. Ten eerste is erkenning niet bedoeld om een ideale samenleving te bereiken. Erkenning is een voortdurend proces dat het strafrecht alert moet houden open te staan voor nieuwe interpretaties van identiteiten en waarin geen absolute waarheid over identiteiten kan worden omschreven. Ten tweede is erkenning niet een in alle gevallen gelijkwaardig proces. Erkenning zal van geval tot geval verschillen. Die verschillen kunnen alleen dan door het strafrecht worden gereguleerd op basis van algemene regels die veel ruimte laten voor aandacht voor het individuele geval. Dat vraagt om een stelsel van hoor en wederhoor waarin de rechter er actief voor moet zorgen dat uitvoering van dit beginsel mogelijk wordt. Dat kan betekenen dat de rechter zoveel mogelijk ruimte voor de verdachte laat om zijn verhaal te vertellen. Ter Heide's adagium 'don't think, but look and listen' moet dan ook vooral worden gezien als opdracht om niet voorin genomen te zijn (artikel 271 lid 2 Sv). Die opdracht is vierledig.

Ten eerste moet de rechter voorkomen te snel te veel begrip te tonen voor de culturele achtergrond van de verdachte, maar de informatie kritisch wege. Ten tweede moet de rechter ook niet te snel de indruk te geven dat het verhaal van de verdachte nergens op slaat en hem dus niet serieus te nemen. Alleen dan kan het proces op faire wijze verlopen. Ten derde zal bij het verwerken van het verhaal van de verdachte de culturele achtergrond niet te gemakkelijk als reden voor straffeloosheid mogen worden aangenomen, maar ook niet te makkelijk terzijde worden geschoven. De rechter zal zich ervan bewust moeten zijn dat cultuur door mensen wordt gemaakt, dat zij ook in staat zijn culturele normen aan te passen, maar dat zij zich ook zodanig onder druk gesteld voelen om op een bepaalde wijze te handelen, dat zij daaraan nauwelijks weerstand konden bieden. Dat vraagt om een gedegen onderzoek waarin het verhaal van de verdachte serieus genomen wordt. Wanneer de verdachte zwijgt, zal de rechter zijn kennis mede van deskundigen moeten laten afhangen, maar daarbij altijd kritisch moeten zijn. Deskundigen hebben in het verleden wel de neiging gehad om culturele verschillen op te blazen om zo de excentriciteit van het delict te benadrukken in hoop daarmee straffeloosheid voor de dader te bewerkstelligen. Het voorkomen van deskundigenrecht, waarin de rechter klakkeloos het oordeel van de deskundige volgt, is in het strafrecht zelf al ingebakken. Immers, de vaststelling van schuld is geen psychische, maar een juridische beoordeling waarin ook meer algemene (normativerende) maatscha-

²⁷² Grip hebben op het strafproces kan ook in brede zin worden opgevat. Grip hebben betekent ook dat in het voorbereidend onderzoek de verdachte voldoende mogelijkheden heeft om kennis te nemen van het tegen hem uitgevoerde onderzoek (voor zover dat onderzoek niet schadend), bezwaar te kunnen maken bij een rechter tegen zware tegen hem uitgevoerde dwangmiddelen en voor de keuze kan worden gesteld hoe hij zijn strafzaak wil laten eindigen, dat wil zeggen door een openbaar onderzoek ter terechtzitting of op andere wijze, bijvoorbeeld door sepot, transactie of binnenkort de strafbeschikking.

ven een rol spelen. Dat brengt mij op het vierde punt. Erkenning heeft wellicht geen definieerbaar einddoel, zij geeft wel de grenzen aan waarbinnen erkenning mogelijk is. Die grenzen worden bepaald door eisen van burgerschap. Van iedere burger kan in beginsel worden verwacht dat hij in staat is deel te nemen aan de publieke ruimte. Deelneming betekent het dragen van verantwoordelijkheid voor het eigen handelen. Die verantwoordelijkheid is alleen mogelijk wanneer de mogelijkheid bestaat van reflectie. Van burgers wordt in beginsel verwacht dat zij in staat zijn tot reflectie. In bijzondere gevallen kan een burger daartoe niet in staat zijn. Wanneer blijkt (na onderzoek of op aangeven van de burger (als verdachte)) dat de burger niet in staat is geweest te kunnen reflecteren, kan schuld niet worden vastgesteld. Het concept burgerschap gaat er vanuit dat van de burger wel enige inspanning mag worden verwacht. Hij mag zich met andere woorden niet laten gaan. Tegelijkertijd kan niet van te voren in algemene regels worden gesteld wanneer de burger zich niet mag laten gaan. Dit hangt samen met het feit dat burgerschap weliswaar verantwoordelijkheid draagt ten opzichte van de samenleving en daarin levende burgers en zich dus dient te beheersen, maar burgerschap drijft burgers niet in een homogene mal. Zij maakt diversiteit juist mogelijk en dat moet ertoe leiden dat dat burgers niet op identieke wijze worden behandeld.

DEEL III

Terug naar het positieve recht

‘De gebondenheid van de rechtsfilosofie aan het positieve recht en zijn dogmatiek is van het grootste belang, wil vermeden worden dat het recht nog slechts functioneert als de toevallige illustrerende plaatjes bij een filosofisch discours dat net zo goed los van dat recht gevoerd zou kunnen worden.’

Foqué en 't Hart 1990, p. 35.

HOOFDSTUK 6

Ideeën voor de strafrechtelijke praktijk

6.1 Inleiding

288. In deel I is door een stand van zaken betreffende de wijze waarop leerstukken van materieel strafrecht ruimte bieden voor culturele verschillen een aanzet gegeven voor een normatief-theoretische analyse van de ruimte en grenzen van culturele diversiteit in het strafrecht. De normatief-theoretische analyse richtte zich op de beantwoording van drie deelvragen die betrekking hebben op de verhouding tussen recht en cultuur in een democratische rechtsstaat, de relativering van het wederrechtelijkheidsoordeel van de rechter en de verhouding tussen verwijtbaarheid en cultuur.¹ Elk van deze vragen zijn beantwoord vanuit het overkoepelende kader van de democratische rechtsstaat. De beantwoording van de drie deelvragen in deel II heeft tot een algemeen beeld geleid hoe het strafrecht met culturele verschillen rekening kan en moet worden gehouden.

289. De visie die ik in deel II heb ontwikkeld, is in mede geïnspireerd op het werk van Foqué en 't Hart.² Getracht is hun politiek-filosofische, wijsgerig-antropologische en rechtstheoretische redeneringen te benutten op het verschijnsel culturele delicten in het strafrecht. Zoals het motto van dit deel verradt, kan het echter niet bij een theoretische bespiegeling blijven. Juist omdat in de democratische rechtsstaat het belang van het recht wordt benadrukt, zal de wijze waarop rekening kan worden gehouden met de multiculturaliteit in het strafrecht zijn gekoppeld aan het positieve recht. Theorie en praktijk zijn dus niet 'twee gescheiden entiteiten'.³

290. In dit hoofdstuk wordt een terugkoppeling gemaakt naar het positieve recht. Daartoe zullen diverse problemen die in hoofdstuk 2 aan de orde zijn geweest worden opgepakt. Er wordt nagegaan welk antwoord de theorievorming kan geven op de problemen waarmee de praktijk geconfronteerd wordt. Om deze vraag te beantwoorden zal de volgorde van beantwoording via de drie thema's uit deel II plaatsvinden. Ten eerste zal in paragraaf 6.2 antwoord worden gegeven op de vraag of ruimte bestaat voor een collectieve beoordeling van culturele delicten, dat wil zeggen in hoeverre bij de beoordeling van culturele delicten de groep, naast het individu kan worden veroordeeld. Ik zal bij beantwoording van deze vraag ingaan op de in hoofdstuk 2 beschreven ontwikkelingen rond eerwraak en de relatie tussen medeplegen en culturele delicten. Daarbij zal ik wijzen op nadelen van collectivisering van aansprakelijkheid bij culturele delicten in het licht de noties, namelijk tolerantie, politieke assimilatie en rechtsbescherming.⁴

Ten tweede wordt aan de hand van de bevindingen uit hoofdstuk 4 het belang van burgerlijke verantwoordelijkheid toegepast op de vraag in hoeverre een beroep op een rechtvaardigingsgrond (namelijk noodweer) gehonoreerd kan worden. Het perspectief dat in hoofdstuk 4 is ontwikkeld, wordt vertaald naar het beoordelingskader dat ligt besloten in de theorie en toepassing van artikel 41 Sr. De vraag die centraal staat is hoe

¹ Zie hoofdstuk 1, nr. 33.

² Zie reeds Galenkamp en Ten Voorde 2002, p. 43.

³ Foqué en 't Hart 1990, p. 344, 345.

⁴ Deze noties heb ik uitgebreid in hoofdstuk 3 behandeld (nrs. 154–172).

het concept aanspreekbaarheid kan worden vertaald in een begrippenkader waarmee strafrechtjuristen bekend zijn. Ik zal daarbij aansluiting zoeken bij het begrip zorgplicht en deze koppelen aan burgerschap. Het begrip burgerschap zal aan de hand van jurisprudentie van het Europese hof voor de Rechten van de Mens verder worden uitgewerkt. Ik zoek aansluiting bij de rechtspraak van het hof omdat zij voor het strafrecht van groot belang is, mijns inziens ook voor het materiële strafrecht.

Ten derde zal in paragraaf 6.4 de in hoofdstuk 5 weergegeven discussie over de verhouding tussen schuld en cultuur uitgewerkt worden door de discussie toe te spitsen op de belangrijkste schulduitsluitingsgrond in dit verband, psychische overmacht. Aangegeven wordt op welke wijze psychische overmacht het best toegepast kan worden, zonder te vervallen in discussies over een al dan niet aanwezige psychische stoornis van de verdachte. De politiek van erkenning die centraal stond in hoofdstuk 5 zal hier nader worden uitgewerkt en worden geoperationaliseerd in het licht van psychische overmacht.

Ik sluit in paragraaf 6.5 af met een conclusie.

6.2 Het gevaar van collectieve aansprakelijkheid

6.2.1 Inleiding

291. In hoofdstuk 2 is aan de hand van de discussie over eerwraak en meisjesbesnijdenis aangegeven dat de wetgever zoekt naar mogelijkheden om al dan niet met behulp van het strafrecht tot een effectieve bestrijding van beide culturele delicten te komen. Daarbij is ten aanzien van eerwraak aangegeven dat wordt gestreefd naar het oprekken van sommige strafrechtelijke leerstukken. Deze ontwikkeling lijkt op het strafbaar stellen van het lid zijn van een groep met een bepaalde cultuur. Daarmee wordt de kleurloosheid van het strafrecht, waarin het motief van het gepleegde feit niet van belang is,⁵ verlaten. Deze stelling werk ik in paragraaf 6.2.3 uit. Alvorens daarop in te gaan zal ik in paragraaf 6.2.2 de huidige deelnemingsregeling uitleggen. Daarin wordt de vraag beantwoord in hoeverre de veronderstelling dat de huidige deelnemingsregeling niet ruim genoeg is, juist is.

6.2.2 Verruiming van deelnemingsvormen bij culturele delicten

292. Meer dan bij de voorgestelde strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis is de discussie over eerwraak gericht op het oprekken van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Bij meisjesbesnijdenis is aangegeven dat de bestaande deelnemingsregeling voldoende mogelijkheden biedt om verschillende personen voor deelneming aan het feit te bestraffen.⁶ Bij eerwraak is dit standpunt minder vanzelfsprekend. Het gaat hierbij ten eerste om de wens deelnemingsvormen op te rekken, zodat zoveel mogelijk personen vervolgd en veroordeeld kunnen worden voor deelname aan eerwraak. Ten tweede zien we dat niet zozeer het gedrag zelf centraal staat, maar de opvattingen die aan het gedrag ten grondslag liggen. Algemeen wordt aangenomen dat dergelijk *Gesinnungsstrafrecht* in het Nederlandse strafrecht niet thuis hoort.⁷ De discussie over de (tot nu toe mislukte) strafbaarstelling van apologie, verheerlijking van terroristische misdrijven al dan niet op basis van een religieuze overtuiging,⁸ toont de gevoeligheid van strafbaar-

⁵ Zie De Hullu 2006, p. 210.

⁶ Zie Kool et.al. 2005, p. 30–31.

⁷ Zie Kelk 2005, p. 38, 312, De Hullu 2006, p. 143.

⁸ Zie *Handelingen II* 2004/05, nr. 48, p. 3039–3123.

stelling van gezindtes nog eens aan. De vraag is waarom een gezindte niet mag worden verboden.

293. Voorop gesteld zij dat de regeling van de deelnemingsvormen in het Wetboek van Strafrecht behoorlijk ruim is.⁹ De interpretatie van de verschillende deelnemingsvormen, zoals uitlokking, medeplegen en medeplichtigheid, laat zien dat er veel ruimte bestaat iemand aansprakelijk te stellen voor een delict dat niet hij heeft gepleegd, maar waarin hij uitsluitend een bepaald (beperkt) aandeel had. Dit geldt ook ten aanzien van medeplegen bij culturele delicten.¹⁰ Daarvan wordt zelfs gesteld dat de deelname zo beperkt kan zijn, dat zij aan collectieve aansprakelijkheid grenst.¹¹ Als één persoon het feit pleegt en de ander was erbij en onttrok zich niet, is er in veel gevallen sprake van medeplegen.¹² Daardoor lijkt het dat niet veel samenwerking nodig is om medeplegen te kunnen bewijzen.

De koppeling van medeplegen aan de culturele bepaaldheid van het feit geeft de rechter mogelijkheden om bewuste samenwerking bij culturele delicten snel te bewijzen. Dat verdachten op basis van dezelfde culturele achtergrond handelden, en dus hetzelfde doel dienden, vormt een indicatie dat er bewust is samengewerkt. Dit argument kan nog worden uitgewerkt op het moment dat men het culturele delict zodanig definieert dat daaruit men de normaliteit van het gezamenlijk handelen kan vaststellen. Een bepaalde definitie van eerwraak kan dan bijdragen aan een eenvoudige bewezenverklaring, want construeert een bepaald cultureel delict zo dat de vereisten voor medeplegen snel bewezen kunnen worden.¹³ Dit blijkt bijvoorbeeld uit verschillende definities van eerwraak. Van Eck wijst bijvoorbeeld op het feit dat eerwraak een gepland karakter heeft en gepaard *kan* gaan met familieberaad.¹⁴ Nauta en Werdmölder gaan verder door te stellen dat familieberaad *veel* voorkomt.¹⁵ Zij maken de vooronderstelling dat er sprake is van een collectieve voorbereiding stilliger. Het gevolg is dat het voor rechters mogelijk kan zijn om eventuele medeplegers of voor het feit te voorstellen, al is daarvoor bewijs van het beraad natuurlijk nog steeds nodig.

294. Het gevolg van de opvattingen van Van Eck, Nauta en Werdmölder en recent ook Ferwerda en Van Leiden¹⁶ is in ieder geval dat de rechter de mogelijkheid wordt geboden op basis van een stappenplan eerwraak vast te stellen, vervolgens ervan uit te gaan dat een familieberaad tenminste veel voorkomt en op basis daarvan vrij snel bewezen kan verklaren dat familieleden deelnemer (moeten) zijn aan het delict. Dat dit niet altijd hoeft te leiden tot bewijs van medeplegen¹⁷ doet daar niet aan af, nu het familieberaad ook van belang kan zijn voor het bewijs van medeplichtigheid. Hieruit volgt dat de gedachte dat de deelnemingsvormen onvoldoende mogelijkheden bieden om deelnemers van eerwraak te vervolgen en te bestraffen niet juist is. Bij de vaststel-

⁹ Zie Van der Wilt 2006, p. 4-9. Die ruime interpretatie zijn volgens Buruma (2003) en De Hullu (1993) onderdeel van een bredere ontwikkeling waar nieuwe strafbaarstellingen en strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen een verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich hebben gebracht.

¹⁰ Zie hoofdstuk 2, nrs. 62-64.

¹¹ Zie Wedzinga 1994.

¹² Zie Van Toorenburg 1998, p. 136, 138.

¹³ Zie Siesling 2006, m.n. paragraaf 3.4.

¹⁴ Van Eck 2001a, p. 89.

¹⁵ Nauta en Werdmölder 2002, p. 372.

¹⁶ Ferwerda en Van Leiden 2005, p. 5-6.

¹⁷ Zoals in Rb Dordrecht 24 juni 2004, *IJN* AP4401.

ling van medeplegen blijkt uit de jurisprudentie in ieder geval dat al een ruim toepassingsbereik bestaat, waarbij de twee pijlers, bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering als 'communicerende vaten' ten opzichte van elkaar werken en waarin bij gebrek aan gezamenlijke uitvoering nadruk wordt gelegd op bewuste samenwerking, of planning, van een door één der medeplegers gepleegd feit.¹⁸ Het gaat echter te ver te stellen dat dit collectieve aansprakelijkheid inhoudt. In een vonnis van de rechtbank Dordrecht uit 2004 blijkt bijvoorbeeld dat van een nauwe en bewuste samenwerking geen sprake was, ook al werd het eerwraakmotief erkend. In andere zaken, zoals de Veghelse zaak, werd medeplegen mede vanwege het eerwraakmotief bewezen geacht. De vader werd hier als initiator van de feiten gezien¹⁹ en naar vaste jurisprudentie hoeft de initiator niet lijfelijk aanwezig te zijn om toch als medepleger te worden veroordeeld.²⁰ Door de nadruk op het familieberaad wordt de kans op snelle veroordeling volgens mij vergroot. Daarmee worden argumenten gegeven aan politici om te pleiten voor collectieve aansprakelijkheid. Immers, als eerwraak niet zonder familie kan worden gepleegd, is het dan niet vanzelfsprekend dat ook familieleden worden vervolgd en bestraft voor het deelnemen aan het plegen van dat feit? In het licht van generale preventie, als signaal naar de betrokkenen,²¹ klinkt dit logisch.

6.2.3 *Problemen van Gesinnungsstrafrecht en culturele delicten*

295. Alvorens in te gaan op het probleem van collectieve aansprakelijkheid dient afstand genomen te worden van de wijze waarop stappenplannen worden geïntroduceerd door rechters om bijvoorbeeld een eerwraakmotief te ontrafelen. Bovenkerk stelt dat het lijkt alsof we dan een 'ouderwetse volkskundige encyclopedie openslaan.'²² De typologie van eerwraak gaat zo een eigen leven leiden. Het gaat er dan om het bewijs van de juistheid van het stappenplan te leveren, om het stappenplan zelf dus. Dit is een discussie die over het hoofd van de verdachte gevoerd wordt en waarop hij geen invloed heeft. Het voorgaande kan er toe leiden dat een rechtbank besluit dat er geen eerwraak was, omdat zij tot deze conclusie kwam op basis van het bestuderen van relevante literatuur. En dat terwijl de ingeschakelde deskundige in deze zaak (auteur van die literatuur) tot het omgekeerde oordeel kwam: wel eerwraak dus!²³ We zien hier een ongetwijfeld goedbedoelde poging om zich te verdiepen in de achtergrond van de verdachte, maar die is wel problematisch. Het gevaar dreigt dat de rechter het allemaal zelf wel denkt te weten. In ander verband hoor je een rechter nog wel eens zeggen: 'geef me een cursus in Zutphen en ik weet het wel.'²⁴ De rechter gaat zich dan als *su-*

¹⁸ Zie De Hullu 2006, p. 424-425, Kelk 2005, p. 358.

¹⁹ Zie Van Eck 2002, p. 167-169. In het vonnis, resp. arrest van de Rb en Hof 's-Hertogenbosch wijzen de bewijsmiddelen niet zozeer op de vader als initiatiefnemer van de uiteindelijke feiten, wel dat de vader druk uitoefent op zijn zoon om tot actie over te gaan. Op grond van die druk en vanwege het overwicht op zijn zoon, zelfs al was hij lijfelijk niet aanwezig bij de schietpartij (hij zat buiten de school in de auto op zijn zoon te wachten), kon medeplegen worden bewezenverklaard. Het is Van Eck die de vader als initiatief-nemer ziet. Rb en Hof nemen dat niet met zoveel woorden over. Zie Rb 's-Hertogenbosch 31 mei 2000, *LJN* AA6029, Hof 's-Hertogenbosch, 28 februari 2001, *LJN* AD9519.

²⁰ Zie De Hullu 2006, p. 424.

²¹ Zie Sacks 1996, p. 541, Li 1996, p. 771.

²² Bovenkerk 2006, p. 105.

²³ Zie Rb Haarlem 9 mei 2001, *LJN* AB1503.

²⁴ In Zutphen volgen leden van de zittende magistratuur cursussen bij de SSR over zeer verschillende juridische en maatschappelijke onderwerpen. Leden van de zittende magistratuur en overige rechterlijke ambtenaren (griffiers ed.) zijn verplicht dergelijke cursussen te volgen. Diverse cultuurspecialisten hebben dergelijke cursussen gegeven of geven cursussen over cultuur en culture-

perantropoloog gedragen.²⁵ Met behulp van een schema dat zo duidelijk is dat het wel de waarheid moet zijn, kan per geval worden beoordeeld of er sprake is van een cultureel delict, zoals eerwraak. Dit getuigt echter van een essentialistische visie op cultuur. Cultuur wordt als ding opgevat en in stappenplannen omschreven, alsof die stappen de werkelijkheid volledig weergeven. Dit kan ertoe leiden dat de rechter tot het oordeel komt dat de verdachte zijn eigen normen niet goed kent! Had hij dat wel gedaan dan had ook hij het stappenplan gevolgd. De gedachte kan postvatten dat families *altijd* samen delicten plegen en dus gezamenlijk verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de feiten. De duidelijkheid die door een stappenplan wordt bereikt, mist dan haar doel. Deskundigenbewijs wordt niet gebruikt om een beter beeld te schetsen van wat er gebeurd is, informeert de rechter niet op basis van wat zijn wetenschap hem leert (artikel 343 Sv) maar simplificeert die informatie in hapklare brokken die geen inzicht geven in de complexe relatie van mensen met cultuur, maar daarvan karikaturen maakt. Bovenkerk stelt dat rechters informatie over cultuur vaak krijgen voorgeschoteld via 'culturele kookboeken' door 'gediplomeerde Turcologen, Arabisten, Afrikanisten en cultuurdeskundigen van het Caribische gebied' die de culturele werkelijkheid zo versimpelen dat de rechter daardoor op het verkeerde been wordt gezet.²⁶

Sommige deskundigen lijken zelfs aan te sturen op een veroordeling van het gedrag door in negatieve zin over bepaalde culturele delicten te publiceren²⁷ en denken dat te kunnen door het object waarover ze schrijven te simplificeren. Zij veronderstellen dat hun opvattingen algemeen geldend zijn, kunnen vervolgens blind raken voor de feiten in een bepaalde zaak en een rechter onjuist informeren wat hun wetenschap in een bepaalde zaak leert. Zij pretenderen de waarheid in pacht te hebben en dus voor de rechter te moeten beslissen in een bepaalde strafzaak.²⁸ Het valt mijns inziens wel te prijzen dat zulks nauwelijks uit de rechtspraak blijkt. De ene keer dat een deskundige op de stoel van de rechter ging zitten, werd hij door de rechtbank fijntjes op de vingers getikt.²⁹ Dit neemt niet weg dat de rechter zich soms wel moet laten voorlichten door een deskundige. Hij kan in complexe zaken vaak niet zonder hem, juist omdat de deskundige expertise bezit die de rechter ontbeert. Maar hoe de rol van de deskundige zich in de toekomst ook verder zal ontwikkelen,³⁰ mijns inziens dient hij te voorkomen om wat voor reden ook cultuur te simplificeren. Cultuur vormt, zoals in hoofdstuk 5 al is aangegeven,³¹ geen eenvoudige hapklare brokken. Om een zo volledig mogelijk inzicht te geven zal de rechter moeten worden geconfronteerd met de complexiteit van cultuur, omdat alleen dat recht doet aan de waarheidsvinding. Dat betekent bijvoorbeeld dat een deskundige niet op collectieve aansprakelijkheid moet aan-

le achtergronden van allochtonen De opmerking tekende ik op uit een persoonlijk verslag van een collega over een bijeenkomst over de rol van deskundigen in het strafproces die in het najaar van 2006 werd gehouden aan het Nederlands Studiecencentrum voor Criminaliteit en Rechtshandhaving. De opmerking kwam overigens van een rechter.

²⁵ Analooq aan 'supertheoloog'. Zie hierover De Winter 1996, p. 2.

²⁶ Bovenkerk 2006, p. 107.

²⁷ Voor een pregnant (buitenlands) voorbeeld zie hoofdstuk 5, nr. 273, noot 191.

²⁸ Zie Galenkamp 2005, p. 254, Wiersinga 2005, p. 275-277.

²⁹ Zie Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, LJN AA9954 (NJ 2001, 130).

³⁰ Over de positie van de deskundige is de laatste tijd het nodige gezegd. Zie o.a. Kwakman 2001. Het Wetboek van Strafvordering bevat een zeer summiere regeling. Zie Corstens 2005, p. 146-150. Al jaren wordt gepleit voor een regeling betreffende de controle op de deskundige, alsmede een regeling voor het beter kunnen inschakelen van contra-expertise door de verdachte. Zie bijv. Hielkema 1996. Onlangs is een wetsvoorstel opgesteld waarin getracht wordt daaraan gehoor te geven. Zie Dubelaar 2006.

³¹ Zie hoofdstuk 5, nrs. 251 e.v.

sturen wanneer die er niet is. Hij dient de rechter zo goed mogelijk te informeren over de achtergronden van een zaak en de rechter vervolgens te laten oordelen welke personen waarvoor aansprakelijk zijn. Dat brengt me tot het onderwerp van deze paragraaf.

296. Collectivering van aansprakelijkheid is een ontwikkeling die zich al langere tijd voltrekt.³² De uitbreiding van het bereik van medeplegen is hiervan een bescheiden voorbeeld.³³ Dit neemt niet weg dat het uitgangspunt in het strafrecht nog steeds is dat iemand *individueel* aansprakelijk wordt gehouden voor het aandeel dat hij in een delict heeft gehad. Niet-distantiëren kan bijvoorbeeld medeplegen met zich brengen,³⁴ maar alleen als er ook een aan een individuele medepleger aan te rekenen mogelijkheid was om zich te onttrekken aan het feit.³⁵ Er moet nog altijd *individuele* aansprakelijkheid worden vastgesteld. Dit geldt niet alleen voor medeplegen, maar bijvoorbeeld ook voor uitlokking en medeplichtigheid, al moet worden toegegeven dat die individuele aansprakelijkheid soms bijzonder ver strekt. Dat de heersende leer blijkbaar is dat van collectieve aansprakelijkheid geen sprake is,³⁶ neemt niet weg de neiging tot collectivisering van aansprakelijkheid bij politici bestaat. We hebben gezien dat in relatie tot eerwraak politici de ‘juridische beren’³⁷ die een effectieve bestrijding van eerwraak onmogelijk zou maken, ‘enthousiast’ te lijf willen gaan.³⁸ Dat geeft te denken. De vraag is wat politici willen bereiken. In hun enthousiasme hebben ze weinig oog voor de in rechtspraak en doctrine ontwikkelde opvattingen over deelneming. Iedereen, ongeacht zijn rol, moet zo makkelijk mogelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. De juridische kwalificatie doet daarbij niet zozeer terzake. Zo stelt voormalig minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, Verdonk, dat de juridische kwalificaties van eerwraak, de delictsomschrijvingen waaronder eerwraak kan vallen, ‘niet leidend’ zijn. Volgens haar moet de nadruk liggen op de gedraging en het daaraan ten grondslag liggende motief, zijnde eerwraak.³⁹

Dat de juridische kwalificaties niet leidend zijn, is allereerst een opdracht tot creativiteit. De opsporings- en vervolgingsinstanties moeten zich niet blind staren op de geëigende strafbaarstellingen maar alles uit de kast halen om eerwraak te bestrijden. Maar dat de juridische kwalificaties niet leidend zijn kan ook een dieperliggende betekenis hebben. Het is bekend dat Verdonk ten aanzien van het integratiebeleid een strak beleid voerde. Dat beleid was erop voornamelijk op gericht allochtonen zo snel mogelijk in te burgeren in de samenleving en zij die daarvoor te weinig animo tonen, hard moesten worden aangepakt. Eerder heb ik al aangegeven dat eerwraakplegers tonen onvoldoende geïntegreerd te zijn.⁴⁰ Zij verdienen dan ook een harde aanpak. Die aanpak lijkt aan de hand van twee fasen plaats te vinden. In de eerste stap moet worden

³² En die niet per definitie als verkeerd wordt gezien. Zie Van der Wal 1989, p. 72-73.

³³ Zij het dat over de recente jurisprudentie over medeplegen de meeste auteurs nogal kritisch zijn en wel op het probleem van collectieve aansprakelijkheid wordt gewezen. Zie bijv. Van der Wilt 2006, p. 5-6.

³⁴ Zie voor een sprekend voorbeeld Rb ’s-Gravenhage 28 november 2001, LJN AD6285, Hof ’s-Gravenhage 29 oktober 2002, LJNAE 9597, HR 14 oktober 2003, LJN AJ1457 (NJ 2005, 182, m.nt. Kn). Zie hoofdstuk 2, nr. 62.

³⁵ Zie Kelk 2005, p. 357.

³⁶ Zie Van Toorenburg 1998, p. 138-139.

³⁷ Zie over het gebruik van het begrip beren, hoofdstuk 2, nr. 55, noot 88.

³⁸ Zie hoofdstuk 2, nr. 55.

³⁹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30.388, nr. 6, p. 4.

⁴⁰ Zie hoofdstuk 2, nr. 52.

vastgesteld of er in een concreet geval sprake is van eerwraak. Daarvoor wordt een definitie gehanteerd waaruit de collectieve dimensie uitdrukkelijk naar voren komt. Eerwraak is schending van de eer van een man of vrouw, en *daarmee* van de familie en vindt plaats in specifieke 'sociale en culturele contexten'.⁴¹ In deze fase moet worden gezocht naar zoveel mogelijk personen die betrokken zijn bij eerwraak, hoe ver gezocht die betrokkenheid ook lijkt. In de tweede stap komt pas de strafrechtelijke kwalificatie aan de orde. Alle betrokkenen bij de eerwraak moeten worden vervolgd.⁴² Omdat de huidige regeling geen strafbaarstelling van eerwraak kent, moet iedere betrokkene op basis van een afzonderlijke strafbepaling worden vervolgd die passend is bij de gedraging die de individuele deelnemer aan de eerwraak kan worden verweten. Dat kan een deelnemingsvorm aan het gronddelict zijn, zoals medeplegen, maar ook gedragingen die verder van het gronddelict afstaan. Hoever blijft onduidelijk. Politie en Openbaar Ministerie moeten immers zo creatief mogelijk zijn en dat vraagt niet om een door de minister gegeven afbakening. The sky lijkt the limit.

Deze tweede (juridische) stap verhuut waar het de minister feitelijk om draait, namelijk een groep aansprakelijk te stellen voor het plegen van eerwraak. Hoewel de individuele deelnemers aan de eerwraak *juridisch* enkel individueel aansprakelijk gesteld kunnen worden voor bepaalde hen te verwijten afzonderlijke feiten, moet tevens een signaal uitgaan naar toekomstige eerwraakplegers dat eerwraak de basis vormt op grond waarvan zoveel mogelijk mensen zullen worden vervolgd en bestraft. Dit oordeel is echter een feitelijk oordeel, geen juridisch oordeel. Het juridische oordeel doet in feite niet terzake.⁴³ Dat sluit ook aan bij de wens om eerwraak in een vroeg stadium aan te pakken. Daarvoor zijn juridische kwalificaties volgens de minister blijkbaar niet nodig, alleen een effectieve aanpak tegen een zo grote groep personen.

297. De nadruk op het buitenjuridische heeft twee consequenties: a) een dergelijke collectivisering van strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt tot miskenning van de wijze waarop aansprakelijkheid moet worden vastgesteld, b) gaat uit van culturele in plaats

⁴¹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30.388, nr. 6, p. 2.

⁴² Art. 167 lid 2 Sv bepaalt weliswaar dat het Openbaar Ministerie (OM) 'op gronden aan het algemeen belang ontleend' mag besluiten niet tot vervolging over te gaan (art. 242 lid 2 Sv herhaalt deze mogelijkheid en geeft het OM na een Gerechtelijk Vooronderzoek de vrijheid niet verder te vervolgen), maar uit kamerstukken blijkt, zij het niet direct, dat eerwraak altijd moet worden vervolgd (*Kamerstukken II 2004/05*, 28.345 en 29.203, nr. 40, p. 10 waarin verwezen wordt naar de Aanwijzing Huiselijk geweld van het OM). In deze aanwijzing wordt gepleit voor een snelle aanpak, die mede moet resulteren in een snelle vervolging van dergelijke strafbare feiten). Gezien de ernst van de feiten is dat bij de dader van het delict wel begrijpelijk, maar in hoeverre vervolging en berechting van plegers van delicten als het opzettelijk verzwijgen van een strafbaar feit (art. 136 Sr) in de rede ligt, is de vraag. Zeker in de toekomst zal het OM wellicht sneller kiezen voor een (in hun ogen) efficiëntere afdoening, namelijk de strafbeschikking (artikel 257d-h Sv). Een rechter komt dan niet meer aan te pas. Zie over artikel 257d-h Sv Crijns in *T&C Sv*.

⁴³ Dat wordt nog sterker uit het feit dat de laatste tijd steeds vaker wordt gepleit voor een aanpak waarin het uiteindelijk niet gaat om het vervolgen en berechten van daders, maar om een preventieve aanpak. Met behulp van strafvordering moeten potentiële daders van eerwraak, maar – zo zou er aan kunnen worden toegevoegd – ook zij die wellicht in de toekomst direct of indirect een bijdrage kunnen leveren aan de totstandkoming van het delict, ervan worden weerhouden strafbare feiten te plegen. Op zichzelf is niets mis met deze preventieve aanpak, maar ook hier is de vraag wie binnen het bereik van die aanpak valt. Op dit moment lijken ook hier geen grenzen te worden gesteld. Dat stelt iedereen onder het bereik van strafvordering, waardoor het bereik in sterke mate wordt opgerekt. Deze ontwikkeling valt binnen een algemene tendens die algemeen kritisch wordt beoordeeld. Zie De Roos 2006.

van politieke assimilatie als ondergrens van afdwingbare aanpassing en c) ondermijnt het belang van met name het eerder genoemde tweede niveau van rechtsbescherming.

Ad a) De aansprakelijkheid wordt weliswaar individueel vastgesteld, maar de betrokkenheid bij de eerwraak, die nodig is om tot de tweede stap (de individuele aansprakelijkheid) te komen, geschiedt vanuit de als feitelijkheid gepresenteerde opvatting dat eerwraak een door families gepleegd delict is. Dit betekent dat de aansprakelijkheid, die ik hiervoor een zoektocht naar een individuele identiteit heb genoemd,⁴⁴ niet individueel maar voor het collectief wordt vastgesteld en pas daarna geïndividualiseerd wordt, echter *in het licht* van de beoogde collectieve aansprakelijkheid voor eerwraak. De identiteit die nodig is om het verwijt te kunnen vaststellen, wordt dan een collectieve identiteit. De persoon van de dader, zijn persoonlijke achtergrond en unieke positie in de wereld en zijn verhouding tot de norm op basis waarvan hij gehandeld heeft, doet dan niet terzake. Verwijtbaarheid wordt niet vastgesteld door het lidmaatschap van een groep.⁴⁵ Dat geldt mijns inziens ook indien het juridische (schuld)verwijt anders is dan het feitelijke verwijt. Opmerkelijk is mijns inziens dat in de in hoofdstuk 2 behandelde nota CRIEM de collectieve dimensie van een identiteit terzijde werd geschoven. In deze nota ligt de nadruk volledig op de 'individuele kenmerken en omstandigheden', terwijl de 'etnische achtergrond' daartoe niet gerekend wordt.⁴⁶ Hier wordt miskend dat een identiteit twee dimensies heeft, een collectieve en een individuele. In de nota CRIEM wordt die collectieve dimensie buiten het bereik van de strafrechter gehouden. In het huidige beleid zien we juist een sterke nadruk op die collectieve dimensie en is de individuele persoon van de verdachte niet meer relevant. In beide gevallen treedt een reductie op, in de nota CRIEM een ontkenning van de collectieve dimensie van identiteit die wel van invloed is op het handelen, in het huidige beleid de irrelevantie van de persoonlijke dimensie van identiteit, nu allochtonen onder de gemeenschappelijke noemer worden geplaatst van een bepaalde groep, de Turken, de Marokkanen, etcetera.

Culturele delicten zijn naar hun aard bijzonder. Meer dan 'gewone' strafbare feiten verwijzen zij naar een door de pleger van een feit aangehangen set van normen, die hij uit overtuiging volgt en waarvan hij meent dat zijn groep hem gebiedt die normen te volgen.⁴⁷ Dit geldt niet alleen voor de pleger van het feit, maar ook voor de personen in zijn omgeving. De vraag ten aanzien van de huidige aanpak is waar de aansprakelijkheid eindigt? Juist omdat culturele delicten de goedkeuring van een groep genieten, is de verleiding groot iedereen die goedkeuring geeft aansprakelijk te stellen. Dit is wat met de strafbaarstelling van apologie werd beoogd,⁴⁸ en zien we ook in de discussies over eerwraak.⁴⁹ Het strafrecht lijkt zich dan echter te ontwikkelen tot *Gesinnungsstrafrecht*, waar het enkele feit dat iemand een 'verkeerde mentaliteit' heeft,⁵⁰ ofte wel een houding waaruit onaanvaardbare goedkeuring voor een feit blijkt, strafbaar is. Die mentaliteit kan zelfs zover worden opgerekt dat de normen die ten grondslag liggen aan de handeling (bijvoorbeeld de eer- en schaamtecultuur bij eerwraak) aan de strafrechtelijke schandpaal genageld worden.⁵¹ Niet de gedraging zelf, maar de cultuur

⁴⁴ Zie Hoofdstuk 5, nr. 246.

⁴⁵ Zie ook Loth 1991, p. 35, Van der Wal 1989, p. 73.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25.726, nr. 1, p. 23.

⁴⁷ Zie Hoofdstuk 1, nr. 19.

⁴⁸ De Roos 2005, p. 22. Zie ook kritisch, maar genuanceerder Strijards 2005, p. 575.

⁴⁹ Zie hoofdstuk 2, nr. 56.

⁵⁰ Zie Politoff en F.A.J. Koopmans 1991, p. 22, noot 59.

⁵¹ Zie Van Walsum 1992, p. 13, Fournier 2002, Chiu 1994.

wordt dan uiteindelijk in het verdachtebankje geplaatst en daarmee iedereen die tot die cultuur wordt gerekend.

298. Ad b) De strafbaarstelling van een gezindte staat op gespannen voet met de ruimte die in een democratische rechtsstaat bestaat burgers aan bepaalde normen te conformeren. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat assimilatie beperkt moet blijven tot *politieke assimilatie*. Politieke assimilatie heb ik omschreven als het kunnen deelnemen aan het politieke debat waarin over de juistheid van ethische en morele claims kan worden gediscussieerd en waarin niet bij voorbaat de eigen opvatting als enig juiste uitgangspunt wordt gekozen. Het enige uitgangspunt is een kader van juridische begrippen die ‘onderbepaald’ zijn. Zij geven ruimte voor een diversiteit aan opvattingen die kunnen bijdragen tot een betere omschrijving van de werkelijkheid waarmee wij geconfronteerd worden.⁵² Daarin kan het debat over bijvoorbeeld de omvang van de aansprakelijkheid gevoerd worden. Een strafrechtelijk stelsel dat collectieve aansprakelijkheid echter zo uitlegt, dat niet alleen het eigenlijke handelen, maar ook de gedachte strafbaar wordt, gaat niet uit van politieke assimilatie, maar van *culturele assimilatie*. Doel van het strafrecht is er dan in gelegen burgers te confronteren met hun verkeerde gedachten en door middel van de straf te conformeren aan de door de staat gewenste cultuur. Het doel van het strafrecht is dan gelegen in generale preventie, of meer subtiel, in resocialisatie,⁵³ waarmee de abnormale burger weer normaal wordt gemaakt, dat wil zeggen een burger die handelt zoals de staat dat wenst.⁵⁴ Een dergelijke ‘paternalistische’ houding van de staat zorgt er echter voor dat burgers niet meer in staat zijn hun eigen keuzes te maken, zodat de vrijheid om in een private ruimte ideeën erop na te houden die door burgers omarmd zijn in het handelen met anderen, onder druk komt te staan. Dat zou mijns inziens een onaanvaardbare inbreuk op de negatieve vrijheid van burgers betekenen.⁵⁵

299. Ad c) Tenslotte wordt het belang van het recht ondermijnd. In een multiculturele samenleving vormt het recht de gemeenschappelijke basis waarin de diversiteit aan opvattingen kan worden gereguleerd, met in acht neming van de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat.⁵⁶ Het recht als bron voor institutionalisering van de veelheid aan opvattingen waarmee een multiculturele samenleving te maken heeft, vraagt om zorgvuldig gebruik van de in de juridische taal gebezigde begrippen.⁵⁷ Het recht vraagt om open begrippen, die qua vorm en inhoud kunnen veranderen. De opvattingen over deze begrippen, zoals zij in het handelen van subjecten tot uitdrukking komen, zijn daarin bepalend voor de concrete inhoud van een begrip. Openheid in het recht betekent echter geen relativering van juridische begrippen. Kuypers heeft in dit verband juist het belang van juridische begrippen onderstreept. Zij bieden namelijk zekerheid in een onzekere, multiculturele wereld, geven sturing aan conflicten en bieden een basis waarop die conflicten geweldloos kunnen worden opgelost.⁵⁸ Bestanddelen van de delictsomscriptie geven houvast voor de discussie. Zij zijn, gelijk in hoofdstuk 3 werd betoogd, geen vaststaande onveranderlijke begrippen, maar ook

⁵² Hoofdstuk 3, nrs. 165–166.

⁵³ Zie Renteln 1993, p. 494–495.

⁵⁴ Zie hiervoor bijv. Reitan 1996.

⁵⁵ Zie Duff 2001, p. 42–43. Zie voor het belang van negatieve vrijheid hoofdstuk 4, nr. 214.

⁵⁶ Zie Foqué 1992, p. 34.

⁵⁷ Zie Foqué 2005, p. 1127.

⁵⁸ Kuypers 1993. Zie ook Foqué 1996, p. 123.

weer niet zo onveranderlijk dat elke aanpassing mogelijk is. De openheid van de wet is alleen mogelijk door en dankzij de geslotenheid van het recht, dat garanties biedt voor rechtsbescherming op basis waarvan elke burger in vrijheid kan leven en tegelijkertijd kan deelnemen aan het publieke debat. Die geslotenheid heb ik in hoofdstuk 3 omschreven als het voorkomen van kakofonie. Het recht in een democratische rechtsstaat is gebaseerd op de historische ontwikkeling van het recht en daarmee verbonden idealen als vrijheid en gelijkheid. De ruimte om juridische begrippen, zoals bestanddelen van delictsomschrijvingen aan te passen, te verfijnen en in staat te stellen nieuwe uitdagingen aan te gaan, is alleen mogelijk dankzij een duidelijke basis: een set van primaire waarden die de grenzen van verfijning duidt.

In de discussie over eerwraak zien we echter dat het belang van het recht als bron van institutionalisering van de veelheid aan opvattingen onder druk komt te staan. Het recht wordt niet meer dan het instrument dat de feitelijke, in het beleid neergelegde aanpak van eerwraak moet vertalen om tot bestraffing te kunnen komen. Maar de aanpak van eerwraak is dan buiten het recht gelegen en wordt aan de hand van beleidsmatige begrippen in kaart gebracht en door middel van beleid bestreden.⁵⁹ Alle nadruk ligt nu op vergroting van de kennis van de betekenis van eerwraak, op deskundigheidsbevordering om eerwraak te signaleren en als gevolg daarvan op een zo effectief mogelijke aanpak van eerwraak. Het recht is niet bedoeld om het debat te sturen en tevens om bescherming te bieden aan burgers zoals het bieden van zekerheid omtrent de omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar om buiten het recht om een zo effectief en breed mogelijke aanpak van eerwraak te garanderen. Het recht wordt op het tweede plan gezet.

Deze ontwikkeling in het eerwraakbeleid is niet nieuw, maar is onderdeel van een al veel langer plaatsvindende ontwikkeling binnen het strafrechtelijk beleid die het niet zo nauw neemt met de rechtsbescherming die aan burgers in een democratische rechtsstaat geboden moet worden. In de strafrechtelijke literatuur wordt dan gesproken van *instrumentalisme*.⁶⁰ In hoofdstuk 3 heb ik aangegeven dat rechtsbescherming echter van fundamenteel belang is en twee niveaus kent.⁶¹ Het eerste niveau van rechtsbescherming kenmerkt zich door te erkennen dat maatschappelijke ordening door het recht geschiedt, het tweede niveau van rechtsbescherming gaat ervan uit dat het recht niet alleen een intern perspectief biedt, waarin nadruk wordt gelegd om de conceptueel-dogmatische verfijning van zijn begrippen. Die verfijning maakt het trekken van grenzen wat wel en niet mag mogelijk en biedt de burger bijvoorbeeld inzicht wanneer hij door het recht wordt beschermd tegen handelen van anderen. Het tweede niveau van rechtsbescherming voert het belang van het recht verder door erop te wijzen dat het recht ook bescherming biedt tegen overheidshandelen dat zo gefixeerd raakt dat daardoor elke maatschappelijke ontwikkeling en elke reflexiviteit van de betekenis van juridische begrippen wordt ontkend.⁶² Maar, zoals Charles Taylor het stelt: 'Het leven, te leven in en op basis van juridische structuren is niet alleen de toepassing van

⁵⁹ Dat zien we bijvoorbeeld door het grote belang dat de laatste tijd wordt gehecht op een nog immer niet verschenen richtlijn van het College van Procureurs-Generaal t.b.v. het Openbaar Ministerie waarin niet alleen een uniforme omschrijving van eerwraak wordt gegeven maar ook een geïntegreerde strafrechtelijke aanpak zou moeten worden omschreven. Zie *Kamerstukken 2005/06*, 30.388, nr. 6, p. 4.

⁶⁰ Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 113-128. Zie aan de hand van voorbeelden geconcretiseerd Kelk 1993.

⁶¹ Hoofdstuk 3, nr. 159.

⁶² Zie hoofdstuk 3, nr. 171.

een cognitief-logisch systeem, maar een samenkomen in een sociale praktijk.⁶³ Het recht is dus niet een systeem van regels, die zonder enige binding met de samenleving tot stand zijn gekomen en gehandhaafd worden, maar bestaat in de praktijk van het samen leven en vormt de voorwaarde waaronder dat samenleven mogelijk is. Dat betekent dat het recht niet op het tweede plan mag worden gesteld. De aanpak van eerwraak (desnoods door beleid) dient vanuit de grondwaarden van het recht plaats te vinden, waarin effectieve bestrijding van criminaliteit geboden is, maar waarin tegelijkertijd altijd die reflexie mogelijk is, die noodzakelijk is om de wet bij de tijd te houden, en daarbij zoveel mogelijk vrijheid aan burgers te garanderen.⁶⁴

6.3 Normen van migrantenrecht en het wederrechtelijkheidsoordeel

6.3.1 *Inleiding*

300. Uit hoofdstuk 2 bleek dat bij de vaststelling van wederrechtelijkheid, aan de hand van rechtvaardigingsgronden, een mogelijkheid wordt geboden om met normen van migrantenrecht rekening te houden. In HR 18 september 1989, NJ 1990, 291, m. nt. 't Hart oordeelde de Hoge Raad dat voor de vaststelling van noodweer bij een cultureel delict een redelijkheidstoets moet worden gebruikt. Die redelijkheidstoets lijkt te zijn toegepast in de Zevenaarse bloedwraakzaak.⁶⁵ In de zaak is opvallend dat de bloedwraak als vertrekpunt van de beoordeling wordt gekozen op basis waarvan de voorwaarden voor noodweer worden beoordeeld. De vraag die hierop volgde, was hoe bij de beoordeling van een rechtvaardigingsgrond, meer in het algemeen bij wederrechtelijkheid, ruimte bestaat om dat oordeel mede te laten afhangen van het feit dat er sprake is van cultureel bepaalde feiten. In hoofdstuk 4 is aangegeven dat ervan uitgegaan moet worden dat de vaststelling van wederrechtelijkheid te maken heeft met de ruimte die bestaat om de inhoud van rechtsnormen te herzien, maar ook met de mate van vrijheid die in een democratische rechtsstaat kan worden geaccepteerd. Daarbij is nadruk gelegd op het samenhandelen van rechtssubjecten, die op basis van hun positieve vrijheid ook werkelijk invloed kunnen uitoefenen op de betekenis van rechtsnormen. Positieve vrijheid alleen is echter onvoldoende. Zij kan uitsluitend worden uitgeoefend binnen de bestaande systematiek van de democratische rechtsstaat door verantwoordelijke, door onder andere de strafrechter aanspreekbare burgers. Het is vooral die verantwoordelijkheid (of aanspreekbaarheid) die nadere uitwerking verdient, dat wil zeggen inbedding in de wijze waarop wederrechtelijkheid wordt vastgesteld. In deze paragraaf zal ik de nadruk leggen op de relatie tussen de rechtvaardigingsgronden en de verantwoordelijkheid van burgers en de verwijzing naar wederrechtelijkheid in de strafmotivering, nu ik in hoofdstuk 2 hierover diverse vragen heb gesteld.⁶⁶

6.3.2 *Een verantwoordelijke burger, ook in het strafrecht*

301. Een democratische rechtsstaat kan niet functioneren zonder burgers die zich betrokken voelen bij de publieke zaak en die bereid zijn een minimaal niveau van verantwoordelijkheid te dragen voor de samenleving. Dit is wellicht een (te) idealistische

⁶³ 'Life, living in and through legal structures is not only the application of a cognitive-logical system, but a joining in a social practice' (Ch. Taylor 1995).

⁶⁴ Zie 't Hart 1995, p. 21.

⁶⁵ Zie hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4024, hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4029.

⁶⁶ Hoofdstuk 2, nrs. 73, 93, 96.

visie op de positie die burgers veelal innemen, de burger als autonoom subject dat zich aan niets of niemand iets gelegen laat liggen wordt nogal eens als werkelijkheid verondersteld.⁶⁷ Maar dit heeft ook niet zozeer te maken met wat de burger is, maar ook wat wij van de burger verlangen wanneer wij hem aansprakelijk kunnen stellen voor feiten die onder de strafwet vallen. Het strafrecht kan niet repressief reageren dan nadat (sterk vereenvoudigd) is vastgesteld dat er een menselijke gedraging is geweest, waarvoor iemand aansprakelijk kan worden gesteld. Daarbij gaat het niet alleen om zijn persoonlijke aansprakelijkheid, maar ook om zijn aansprakelijkheid als burger, als lid van de gemeenschap waarin hij functioneert. In het wederrechtelijkheidsoordeel beoordelen we op het eerste gezicht het gedrag, in het licht van de gegeven normen zoals die aan het wetboek ten grondslag liggen, maar vooral bij de rechtvaardigingsgronden bekijken we dat gedrag in het licht wat van de *burger* mag worden verwacht.

302. In hoofdstuk 4 heb ik reeds gewezen op het belang van burgerschap in een multi-culturele samenleving. In de politiek wordt burgerschap al lange tijd als belangrijk thema gezien. De verschillende integratienota's benadrukken telkens weer het belang van goed burgerschap.⁶⁸ De invulling van burgerschap is de laatste tijd aan verandering onderhevig geweest. Wanneer we de verschillende onderscheidingen van hoofdstuk 3 er weer bijnemen, kunnen we stellen dat heden ten dage een communitaristisch burgerschapsideaal de overhand lijkt te hebben. Immers, burgerschap wordt gezien als 'betrokkenheid bij én deelname aan alle belangrijke onderdelen van de samenleving: de economie, het sociale leven, de cultuur, de sport, de politiek'.⁶⁹ Dat lijken alle onderdelen van de samenleving te zijn. Vervolgens wordt tevens gesteld dat burgerschap acceptatie van alle basisbeginselen van de Nederlandse samenleving inhoudt. Daarbij gaat het niet alleen om waarden als gelijkheid en wederkerigheid, maar ook om acceptatie van de staatsvorm, de vlag, het volkslied en dergelijke. Burgerschap is dan niet alleen politiek burgerschap, waarin het gaat om het omarmen van de waarden van de democratische rechtsstaat (waarvan gelijkheid en wederkerigheid tot de belangrijkste behoren) maar ook om cultureel burgerschap waarin de waarden van een specifieke cultuurgemeenschap, namelijk de Nederlandse, moeten worden omarmd. De toenmalige minister voor Vreemdelingen en Integratie, Verdonk, stelde recentelijk in de Integratienota 2006: 'Het is ook nodig dat allochtonen meer gaan deelnemen aan de ontwikkeling van de Nederlandse cultuur.'⁷⁰ Uit de nota blijkt vooral dat van allochtonen wordt verwacht dat zij hun eigen cultuur opgeven en opgaan in de Nederlandse cultuur. Allochtonen moeten zich, om een term te gebruiken die in de nota veelvuldig wordt gebezigd, 'binden' aan de Nederlandse samenleving.⁷¹ Binding wordt hier op een specifieke manier uitgelegd. Het gaat vooral om een eenzijdig proces van het omarmen van de Nederlandse cultuur, terwijl veel minder wordt gezegd over het aanpassen van de Nederlandse cultuur aan allochtone culturen. Weliswaar zijn diverse projec-

⁶⁷ Zie Habermas 1996b, p. 22-23.

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26.333, nr. 2, p. 7, *Kamerstukken II 2001/02*, 28.198, nr. 2, p. 49.

⁶⁹ Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29.837, nrs. 1-2, p. 7.

⁷⁰ Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30.810, nrs. 1-2, p. 13. Reden daarvoor is volgens de minister dat te grote diversiteit een te grote belasting is voor de Nederlandse cultuur. Allochtonen moeten daarom zich met de Nederlandse samenleving vermengen en de Nederlandse cultuur omarmen via een 'gedeelde nationale identiteit.' Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30.304, nrs. 1-2, p. 5, 13.

⁷¹ Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30.810, nr. 1-2, o.a. p. 8, 18, 34, 41, 51, 76, 83, 84.

ten gestart die kennis over andere culturen bij autochtonen moet vergroten, maar dat leidt nog niet tot adaptatie van het bestaande systeem.⁷²

Het concept binden kan ook op een andere wijze worden omschreven. De nadruk op de eigen cultuur miskent namelijk dat een democratische rechtsstaat altijd een polyfone rechtsstaat is die wordt gekenmerkt door een veelheid aan opvattingen en ideeën die in die democratische rechtsstaat moeten worden gegarandeerd. Een democratische rechtsstaat dient aan iedereen een zo groot mogelijke vrijheid te geven en 'hierbij de grootst mogelijke diversiteit' te beschermen.⁷³ Tegelijkertijd is een polyfone democratische rechtsstaat alleen dan mogelijk als de burgers zich committeren aan een aantal gemeenschappelijke basisprincipes.⁷⁴ De discussie richt zich op de vraag aan welke basisprincipes burgers zich moeten verbinden. Deze vraag is ook voor het strafrecht van belang. In hoofdstuk 4 heb ik immers betoogd dat voor de vaststelling van wederrechtelijkheid de rechter ook de *rol* van de verdachte zal moeten beoordelen. Die rol heb ik omschreven als burgerschap.⁷⁵ Een rol is niet alleen de rol die iemand speelt in een bepaalde groep, maar heeft betrekking op de positie die iemand in een samenleving bekleedt. Die positie heb ik omschreven als burgerschap en daarmee samenhangende (burgerlijke) verantwoordelijkheid. Als uitgangspunt daarbij geldt dat burgers anderen niet op een 'nodeloos kwetsende of grievende' wijze moeten schaden, die bijvoorbeeld neerkomt op 'veronachtzaming van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.'⁷⁶ Let op dat het hier niet zozeer gaat om het toebrengen van schade als zodanig, maar om het veronachtzamen van burgerlijke competenties als gevolg van bepaald handelen. De betekenis van burgerlijke competenties hangt dan echter weer af van een bepaalde interpretatie van burgerschap. Die interpretatie van burgerschap bepaalt daarom mede wat de inhoud is van die verantwoordelijkheid. In hoofdstuk 3 heb ik een neorepublikeins burgerschapsideaal omarmd.⁷⁷ Kern daarvan is enerzijds dat burgers zoveel mogelijk vrijheid worden gegeven zichzelf te ontplooien, waardoor een pluriforme samenleving wordt gegarandeerd. Anderzijds wordt erkend dat die pluraliteit alleen mogelijk is wanneer burgers het besef wordt bijgebracht dat zij verantwoordelijkheid dragen voor erkenning van rechtsstatelijke beginselen en deugden als redelijkheid, pluraliteit en zorgvuldig gebruik van geweld (in de zin van eigenrichting) en waarin sprake is van kundig, verstandig en verantwoordelijk omgaan met bevoegdheden (uitoefening van vrijheden), situaties en machtsposities (ten opzichte van anderen).⁷⁸

⁷² Van interculturalisatie (het cultuurgevoeliger maken van instituties door een actief personeelsbeleid t.b.v. allochtonen te voeren en kennis te verwerven over andere culturen) is met andere woorden nog nauwelijks sprake. Dit was een sleutelwoord aan het eind van de jaren negentig en werd ook in het strafrecht gehoord (bijv. in de CRIEM-nota (*Kamerstukken II* 1997/98, 25.726, nr. 1, p. 24, 34. Zie ook hoofdstuk 2, nr. 44), maar is sinds een aantal jaren van het toneel verdwenen. Zoals gezegd zijn de verschillende projecten die (in de jaren na de moord op Theo van Gogh) zijn gestart vooral bedoeld om zicht te krijgen op spanningen en bronnen te bieden voor oplossingen. Interculturalisatie wordt als oplossing echter niet meer genoemd. Dat blijkt met name in de aanpak van eerwraak, waar sterk de nadruk wordt gelegd op kennisvergroting, maar die vergroting moet vooral resulteren in een effectievere aanpak, niet per se in meer begrip voor de dader. Zie o.a. Ferwerda en Van Leiden 2005.

⁷³ Gutwirth 1998, p. 150.

⁷⁴ Zie Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2005, p. 80.

⁷⁵ Hoofdstuk 4, nr. 223 e.v.

⁷⁶ Galenkamp en Westrik 2004, p. 67.

⁷⁷ Hoofdstuk 3, nr. 150.

⁷⁸ Zie Van Gunsteren e.a. 1992, p. 18.

303. De nadruk op verantwoordelijkheidsbesef komt op een bepaalde wijze in het strafrecht terug. In Nederland heeft vooral Nieboer aangegeven dat aansprakelijkheid alleen dan kan worden vastgesteld als er een zorgplicht bestaat om strafbare feiten *niet* te plegen.⁷⁹ De mens moet ervoor zorgen dat hij geen strafbare feiten pleegt of dat hij (dat wil zeggen de burger tot wie de norm gericht is) het wettelijk beschermde rechtsbelang eerbiedigt.⁸⁰ Kenmerkend voor de zorgplichttheorie is het belang dat Nieboer hecht aan het toekennen van plichten aan burgers en de veronderstelling dat die plichten (in)direct in een strafbepaling moeten zijn opgenomen of verwerkt. In een strafbepaling wordt met andere woorden niet alleen gerefereerd aan wederrechtelijkheid en schuld, maar ook aan de zorgplicht van de dader. Voor Nieboer geldt dat de strafrechter met nadruk moet vaststellen welke zorg de verdachte had te betrachten en in hoeverre het niet betrachten van die zorg moet leiden tot aansprakelijkheid. De zorgplicht vormt de schakel tussen wederrechtelijkheid en schuld.⁸¹ Of er sprake is van een wederrechtelijke gedraging kan alleen dan worden vastgesteld als nagegaan is of er ook daadwerkelijk een zorgplicht bestond. Aangegeven moet worden in hoeverre de burger in zijn algemeenheid verantwoordelijk zou kunnen worden gehouden voor het door hem gepleegde onrecht.

Verantwoordelijkheid als burger houdt in dat de burger een uit de strafbepaling af te leiden zorg⁸² had te betrachten het gedrag niet (of juist wel) te plegen. Overtreding van dat gedrag leidt op zichzelf bijna automatisch tot wederrechtelijkheid,⁸³ maar van aansprakelijkheid kan alleen sprake zijn als er ook een zorgplicht bestond op basis waarvan aansprakelijkheidsstelling mogelijk is. Daaruit volgt dat voor de vaststelling van de wederrechtelijkheid niet meer noodzakelijk is vast te stellen welke rol de verdachte speelde. Dit subjectieve, of op het individu gerichte, aspect van de wederrechtelijkheid wordt overgeheveld naar de zorgplicht, met als gevolg dat ‘de rechtsstreekse relatie van de aansprakelijke dader tot het te beschermen rechtsgoed resp. rechtsbelang’ niet meer hoeft worden onderzocht.⁸⁴ Die rechtstreekse relatie wordt nu gelegd in de zorgplicht, omdat per verdachte zal verschillen wat zijn concrete zorgplicht was. Een verdachte die een ander op zijn hoofd slaat, terwijl hij bijvoorbeeld weet dat die ander een eierschaalschedel heeft, zal een zwaardere zorgplicht hebben niet te slaan dan de persoon die daar geen weet van heeft.⁸⁵ De vraag is echter of aan het wederrechtelijkheidsoordeel van de rechter het op de persoon gerichte aspect moet worden onttrokken. Is het wederrechtelijkheidsoordeel ook niet bij uitstek op de persoon van de verdachte, in zijn hoedanigheid van burger, gericht?

⁷⁹ Nieboer 1991, p. 18–19.

⁸⁰ Nieboer 1991, p. 114.

⁸¹ Nieboer 1991, p. 68, 114.

⁸² Dit vanwege het legaliteitsbeginsel dat immers bepaalt dat strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden (voor het schenden van een zorgplicht) alleen mogelijk is als er een strafbepaling was voordat het gedrag werd gepleegd (artikel 1 lid 1 Sr).

⁸³ Er zal dan sprake zijn van een bewezenverklaard feit dat als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd. In het merendeel van de gevallen is er dan sprake van wederrechtelijk handelen. Zie hoofdstuk 4, nr. 186.

⁸⁴ Machielse en Schaffmeister 1992, p. 35.

⁸⁵ Zie Nieboer 1991, p. 104.

6.3.3 Verantwoordelijkheid en wederrechtelijkheid

6.3.3.1 Zorgplichten en burgerschap

304. Het belangrijkste element van Nieboers analyse is mijns inziens de nadruk op de verantwoordelijkheid die elke burger heeft om zich op een bepaalde wijze in het maatschappelijke verkeer te begeven en daarin de basisbeginselen van de democratische rechtsstaat te eerbiedigen. Die nadruk past bij hetgeen aan het eind van hoofdstuk 4 is omschreven en geeft aan dat voor de bepaling van de *wederrechtelijkheid* ook de burgerlijke verantwoordelijkheid meegewogen moet worden, naast de vraag welke mate van negatieve vrijheid door wederrechtelijkheid mag worden beperkt.⁸⁶ Mijns inziens is een onderscheid tussen zorgplicht en wederrechtelijkheid niet nodig, maar is zorgplicht onlosmakelijk met het wederrechtelijkheidsoordeel (van de rechter) verbonden, vooral als het gaat om de vaststelling van de rechtvaardigingsgronden. Het probleem van het onderscheid tussen zorgplichten en wederrechtelijkheid is vooral de miskenning van het belang van de rol in het wederrechtelijkheidsoordeel van de rechter. Die rol maakt het mogelijk om wederrechtelijkheid niet alleen te beoordelen op basis van objectieve gegevens, maar door dat oordeel te verfijnen ten aanzien van deze persoon van de dader. Dat volgt uit de noodzakelijke verbinding tussen norm en handeling⁸⁷ waarin de betekenis van de norm altijd afhankelijk is van de handeling, die verricht wordt door een persoon met een bepaalde subjectieve positie, die hij door allerlei factoren, zoals cultuur, vormt geeft.⁸⁸

De koppeling tussen norm en handeling maakt het mogelijk wederrechtelijkheid twee niveaus te geven. In de eerste plaats betekent zij ‘in strijd met het recht’,⁸⁹ dat voor alle delicten hetzelfde betekent. ‘Zo is “moord” niet méér wederrechtelijk dan ‘mishandeling’.’⁹⁰ Dit is het algemene uitgangspunt waarop ook culturele delicten worden beoordeeld. Ook zij zijn niet méér wederrechtelijk omdat zij op basis van een bepaalde achtergrond gepleegd zijn, maar tevens ook niet minder wederrechtelijk dan andere delicten. Een complicerende factor hierin is dat wederrechtelijkheid niet alleen vastgesteld wordt op basis van de gegeven wettelijke strafbepalingen, maar gecorrigeerd door het stelsel van veroorlovene of tegennormen, zijnde de rechtvaardigingsgronden. De geschreven rechtvaardigingsgronden geven een wettelijk vastgesteld bereik van de veroorlovene norm en bieden daardoor een kader op basis waarvan nagegaan kan worden of een gedraging die op zichzelf strafbaar is, toch geoorloofd is. In de tweede plaats verwijst wederrechtelijkheid ook naar ‘onrecht’, dat een veel dieperliggende betekenis heeft die niet alleen de ‘inhoudelijke verscheidenheid van de wederrechtelijke gedragingen’ kan demonstreren,⁹¹ maar ook – en vooral – de verbinding tussen handeling en wederrechtelijkheid vormt. Er is pas werkelijk sprake van een normschending op het moment dat zij in het samenhandelen tussen subjecten als zodanig wordt omschreven.⁹² Op het moment dat er dan discussie is over de reikwijdte van de norm, zoals het geval is bij culturele delicten, gaat het erom de veronderstelling

⁸⁶ Hoofdstuk 4, nrs. 224–228.

⁸⁷ Zie hoofdstuk 4, nr. 198.

⁸⁸ Zie hoofdstuk 5, nrs. 240–242.

⁸⁹ Zie De Hullu 2006, p. 182. De definitie maakt duidelijk dat wederrechtelijkheid meer is dan alleen ‘in strijd met de wet’, maar ook betrekking heeft op ongeschreven normen van betamelijkheid. Zie hoofdstuk 4 nr. 204.

⁹⁰ Machielse en Schaffmeister 1992, p. 36, noot 15.

⁹¹ Machielse en Schaffmeister 1992, p. 37.

⁹² Zie hoofdstuk 4, nrs. 203–204.

dat op basis van de wet sprake is van een wederrechtelijke handeling definitief vast te stellen. Dat definitieve oordeel kan pas worden gemaakt met die tweede stap, omdat dan het onrecht kan worden vastgesteld.

305. Voor de vaststelling van een dergelijke veroorlovenende norm is het onvoldoende te suggereren dat de betekenis van die norm afhankelijk is van de mate van negatieve vrijheid die aan een individu gegeven kan worden.⁹³ Voorop gesteld zij dat negatieve vrijheid, zoals de vrijheid te leven op basis van de eigen culturele normen, een belangrijk te beschermen recht is in een democratische rechtsstaat.⁹⁴ Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens erkent dat de lidstaten van de Raad van Europa de rechten van minderheden dienen te beschermen.⁹⁵ Het hof heeft in de Chapman-zaak uit 2001 aangegeven dat onder omstandigheden lidstaten ‘speciale consideratie’ moeten betrachten ten aanzien van de noden van minderheidsgroepen met een verschillende levensstijl. Kern van het oordeel was dat aandacht moet worden geschonken aan de bijzondere status van minderheden en nauwgezet moet worden nagegaan of bepaalde restricties die door de staat worden vastgesteld ten onrechte ten koste gaan van de uitoefening van culturele tradities.⁹⁶ Daaruit volgt volgens het Hof dat er een ‘balans moet worden bereikt die een eerlijke en behoorlijke behandeling van minderheden die elk misbruik van een dominante positie [door de meerderheidsgroep, JMtV] vermijdt’.⁹⁷ De beperking van rechten van minderheden moet minimaal zijn. Dat sluit aan bij uit hetgeen in hoofdstuk 3 is aangegeven.⁹⁸ Inperking van het recht om op basis van culturele normen te leven is alleen mogelijk wanneer bijvoorbeeld de gevolgen van inperking onbeduidend zijn en de positie van derden (en daarmee de rechtsstaat) onder druk komt te staan.

De bescherming van de positie van derden geeft aan dat voor de beperking van bijvoorbeeld het recht om op basis van bepaalde culturele normen te handelen ook gekeken moet worden naar de verantwoordelijkheden van burgers ten opzichte van derden en de rechtsstaat. Dit valt ook uit de jurisprudentie van het EHRM af te leiden. Er dient altijd sprake te zijn van een afweging van belangen waarbij de meerderheid er overigens niet van mag uitgaan dat haar belangen prioriteit hebben.⁹⁹ Tegelijkertijd moeten minderheden altijd oplossingen helpen zoeken op punten die door de staat ‘bijzonder gevoelig’ worden geacht.¹⁰⁰ Dat geldt in het bijzonder terzake van gedragin-

⁹³ Zie hoofdstuk 4, nrs. 215, 217.

⁹⁴ Zie hoofdstuk 3, nrs. 147-148.

⁹⁵ Zie Morawa 2001, Gilbert 2002.

⁹⁶ EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 27238/95, § 96 (Chapman/Verenigd Koninkrijk). Zie ook EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 24876/94, § 110 (Coster/Verenigd Koninkrijk), 25 september 1996, appl.nr. 20348/92, § 76, 80, 84 (Buckley/Verenigd Koninkrijk).

⁹⁷ ...‘a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position’ (EHRM 13 augustus 1981, appl.nr. 7601/76, 7806/77, § 63 (Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk)). Zie ook EHRM 14 februari 2006, appl.nr. 28793/02, § 64 (Christian Democratic People’s Party/Moldavië).

⁹⁸ Hoofdstuk 3, nr. 148.

⁹⁹ Zie EHRM 2 oktober 2001, appl.nr. 29221/95, 29225/95, § 107 (Stankov e.a./Bulgarije).

¹⁰⁰ Zie EHRM 20 december 2001, 44158/98, § 64 (Gorzelik/Polen (1) (Dit arrest is gewezen door een Kamer van het hof (cfm. art. 29 EVRM). De Kamer heeft de zaak doorgewezen naar de Grote Kamer (cfm. art. 30 EVRM) die op 17 februari 2004 uitspraak deed)). Zie ook Parekh 2000, p. 272. Laatstgenoemde stelt dat in de discussie tussen allochtonen en autochtonen van allochtonen mag worden verwacht dat zij bereid zijn de inhoud van hun opvattingen ter discussie te stellen. Het debat kan niet plaatsvinden zonder de bereidheid de inhoud van de cultureel geïnspireerde handelingen aan een fundamenteel zelfonderzoek te onderwerpen. Dat geldt overigens niet alleen voor minderheden, maar ook voor de meerderheid die zich altijd moet afvragen hoe

gen die de belangen van derden schaden, zoals slachtoffers van strafbare feiten, voor wie bijvoorbeeld het fundamentele recht van de integriteit van het lichaam minstens zo belangrijk is als het kunnen leven op basis van eigen normen. Niet alleen in de nationale rechtspraak,¹⁰¹ ook het Hof heeft aangegeven dat de belangen van anderen moeten worden beschermd, ook als dat ten koste gaat van het handelen op basis van culturele normen door minderheidsgroepen.¹⁰²

306. Dat laatste suggereert volgens mij twee dingen. In de eerste plaats moet door de staat de ruimte voor het publieke debat zoveel mogelijk gegarandeerd worden. Het EHRM lijkt hiermee een juridische inbedding te geven in het standpunt dat op andere wijze is beargumenteerd in hoofdstuk 4. Daar is aangegeven dat strafrechtelijke normen niet alleen verwijzen naar morele normen, maar ook cultureel ingebedde ethische normen in zich bergen. Juist op dat laatste vlak bestaat ruimte om strafrechtelijke normen aan te passen aan de culturele diversiteit van de samenleving, zonder de norm op zichzelf strijdig te laten worden met de morele normen van de strafbepaling. Het ethische karakter van normen houdt niet in dat normen een bepaalde afbeelding van de werkelijkheid vormen, maar verwijst naar de historische inbedding van de strafrechtelijke norm in een bepaalde samenleving en naar de mogelijkheden die norm als gevolg van de veranderende samenstelling van de samenleving cultuurgevoelig te houden. Het Hof heeft aangegeven dat de verdragstaten pluriforme samenlevingen zijn die ruimte moeten bieden voor culturele verschillen¹⁰³ door te erkennen dat de inhoud van rechtsnormen kan verfijnen onder invloed van minderheidsopvattingen over de betekenis van de norm.¹⁰⁴

In de tweede plaats wordt met het helpen naar oplossingen gedoeld op de in veel bepalingen van het EVRM belangen van een democratische samenleving.¹⁰⁵ De verdragstaten hebben op grond hiervan de ruimte om inbreuk te maken op grondrechten. De mate waarin zij inbreuk maken is afhankelijk van de omvang van de zogeheten ‘margin of appreciation’ waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de verdragstaten beter in staat zouden zijn de feiten te beoordelen op basis waarvan besloten is geen

belangrijk bepaalde normen zijn en wat de strekking is van het ethische aspect van de norm. Immers, het is op dat niveau van de norm waar aanpassing door andere culturele interpretaties van de norm volgens mij mogelijk is. Zie hoofdstuk 4, nrs 210–211.

¹⁰¹ Zie expliciet HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201.

¹⁰² Zie EHRM 15 februari 2001, appl.nr. 42393/98 (Dahlab/Zwitserland) waar het hof bepaalde dat het dragen van een hoofddoek in het openbaar onderwijs wellicht een uitdrukking is van een religieuze overtuiging, maar die uitdrukking een belemmering kan zijn voor andere minderheden. Hetzelfde geldt terzake van het vestigen in een gebied dat het milieu schaadt. In Lee/Verenigd Koninkrijk heeft het hof bijv. bepaald dat de belangen die anderen hebben bij een beschermd milieu voorrang kunnen hebben boven bescherming van de cultuur van minderheidsgroepen (EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 25289/94, § 104).

¹⁰³ Zie o.a. EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, § 108 (Leyla Şahin/Turkije). Elders noemt het Hof pluralisme ‘indissociable from a democratic society’ (EHRM 25 mei 1993, appl.nr. 14307/88, § 31 (Kokkinakis/Griekenland) en EHRM 15 februari 2001, appl.nr. 42393/98 (Dahlab/Zwitserland)). In deze casus ging het overigens over religie, niet over cultuur. Maar het hof lijkt daarin geen onderscheid te maken. Een democratische rechtsstaat dient pluralisme in het algemeen te beschermen, zonder te expliciteren wat daaronder wordt verstaan. Het lijkt er met andere woorden op dat in beginsel alles dat aan pluralisme bijdraagt moet worden beschermd. Ook de bescherming van verschillende groepen, zoals nationale minderheden en etnische minderheden, lijken volgens het hof in principe dezelfde bescherming te genieten. Afwijking daarvan is afhankelijk van de regelgeving van de betreffende verdragstaat en vallen onder de margin of appreciation. Zie EHRM 17 februari 2004, appl.nr. 44158/98, § 67 (Gorzelik/Polen (2)).

¹⁰⁴ Zie bijv. EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 24876/94, § 118 (Coster/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 8 lid 2, 9 lid 2, 10 lid 2, 11 lid 2 EVRM.

rekening te houden met de belangen van minderheden.¹⁰⁶ Ook bij de restricties op rechten voor minderheden wordt een dergelijke beoordelingsvrijheid opengelaten.¹⁰⁷ Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat een afweging moet worden gemaakt tussen enerzijds de belangen van minderheden en anderzijds de bescherming van de belangen van de ontvangende samenleving.¹⁰⁸ De belangen van de ontvangende samenleving zijn die van een democratische samenleving nu de verdragsstaten een gemeenschappelijke traditie hebben waarin democratische waarden centraal staan.¹⁰⁹ Die democratische waarden bakenen de ruimte voor burgers om een beroep te doen op mensenrechten af. Een democratische samenleving is de enige samenleving die pluri-formiteit mogelijk maakt. Met andere woorden, bescherming van minderheden kan nooit ten koste gaan van de democratische samenleving omdat de bescherming van minderheden daar ook onder lijdt.

Dit betekent niet dat de bescherming van de democratische rechtsstaat gepaard moet gaan met het verminderen van pluralisme, indien groeperingen de democratie niet omarmen. De spanningen die kunnen ontstaan in een samenleving die wordt geconfronteerd met anti-democratische groepen moeten niet worden opgelost door pluralisme te 'eliminieren'.¹¹⁰ Het hof stelt dat in plaats daarvan een dialoog moet worden opgezocht. De eisen die door minderheden worden gesteld, moeten zijn gefundeerd op het geldende recht en democratisch zijn (met respect voor andermans opvattingen) en niet in strijd zijn met de 'fundamentele democratische beginselen' van de democratische rechtsstaat, waaronder de garantie van diversiteit.¹¹¹

6.3.3.2 *Burgerschap en wederrechtelijkheid*

307. Uit het voorgaande vloeien een aantal algemene vereisten voort die ook voor het strafrecht van belang zijn. Ten eerste dient in het strafrecht voor verdachten voldoende ruimte te bestaan om inzicht te geven in de culturele achtergrond van het handelen en de inhoud van de in de handeling tot uitdrukking komende norm. Dit is een vereiste dat zowel voor het formele als voor het materiële strafrecht geldt. In het formele strafrecht zullen eventuele belemmeringen die het inbrengen van die culturele achtergrond door de verdachte moeilijk maakt, moeten worden weggenomen. In het materiële strafrecht geldt dat ruimte moet zijn om de inhoud van de ter discussie staande norm te verfijnen. Van belang is dan dat de staat erkent dat de cultureel bepaalde uitgangspunten op gelijke voet staan met de cultureel bepaalde uitgangspunten van minderheden en dat de discussie niet kan eindigen met het machtswoord dat 'het altijd zo gegaan is'. Wanneer een allochtone justitiabele een cultureel bepaald element van een strafbepaling of veroorlopende norm ter discussie stelt op basis van de eigen cultureel bepaalde interpretatie van normen, zal de staat ruimte moeten bieden dat debat te faciliteren.¹¹²

¹⁰⁶ Zie hierover Evans 2001, p. 143-145, Jacobs en White 2006, p. 232-239.

¹⁰⁷ Zie EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 28476/94, § 118 (Coster/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁸ Zie EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, § 105 (Leyla Şahin/Turkije), EHRM 1 juli 1997, appl.nr. 20704/92 (Kalaç/Turkije), EHRM 11 september 2001, appl.nr. 31876/96 (Tepeli e.a./Turkije).

¹⁰⁹ Zie EHRM 30 januari 1998, 133/1996/752/951, § 45 (United Communist Party of Turkey e.a./Turkije).

¹¹⁰ Zie EHRM 14 december 1999, appl.nr. 38178/97, § 53 (Serif/Griekenland), EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, § 107 (Leyla Şahin/Turkije).

¹¹¹ Zie EHRM 13 februari 2003, appl.nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 100 (Refah/Turkije), EHRM 14 februari 2006, appl.nr. 28793/02, § 76 (Christian Democratic People's Party/Moldavië).

¹¹² Zie EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 27238/95, § 96 (Chapman/Verenigd Koninkrijk), EHRM

Dat betekent dat de rechter de bereidheid moet tonen de inhoud van de delictsom-schrijving te verfijnen op grond van kennis die door de verdachte over een andere interpretatie van de norm wordt gegeven. De behandeling van het verweer van de verdachte moet daarbij voldoen aan eisen van zorgvuldigheid:¹¹³ die komt in het strafrecht neer op een motiveringsplicht voor de rechter maar ook op een actieve rol om de verdachte zo goed mogelijk de gelegenheid te geven zijn verhaal te doen. De verdachte heeft hierin wel een eigenstandige rol maar de rechter mag de verdachte daarin faciliteren. Zegt de verdachte niets, dan mag dat de strafrechter zelf onderzoek doen naar het conflict over de interpretatie van normen.¹¹⁴

Het conflict over de interpretatie van normen waarmee de rechter wordt geconfronteerd bij een dispuut over wederrechtelijkheid kan op verschillende manieren worden beantwoord. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid spreekt hier van drie strategieën, namelijk a) tolereren, b) confronteren en c) normeren.¹¹⁵ Deze drie strategieën bieden een algemene argumentatiestructuur voor de rechter om te beslissen hoe hij met de betwisting van de wederrechtelijkheid door de verdachte omgaat.

308. Ad a) Tolereren betekent het creëren van een ‘zone van gelatenheid’ waarin bestraffing bewust achterwege wordt gelaten, omdat er geen serieuze bezwaren zijn tegen de betreffende gedragingen. Hier gaat het om het dulden van situaties die wellicht formeel wederrechtelijk zijn (vallend onder een wettelijke delictsom-schrijving) maar waarvan wordt aangenomen dat bestraffing meer schade aan de verdachte toebrengt dan hij met het delict heeft veroorzaakt. Hier gaat het meestal om wetsdelicten, waarvan algemeen wordt aangenomen dat de gekozen maatschappelijke normering wel wat kan worden versoepeld, zonder dat daarmee de belangen van derden ernstig worden ontregeld. We kunnen daarbij denken aan het toelaten van het dragen van rituele wapens door Sikh mannen (de zogeheten kirpan) tijdens werkuren.¹¹⁶ Alvorens kan worden bepaald in hoeverre die zone van gelatenheid toelaatbaar is, is een debat nodig op basis waarvan kan worden bepaald wat de inhoud van die zone is.¹¹⁷ Tolereren is geen passieve houding in de aanloop naar de beslissing, maar de uiteindelijke beslissing houdt wel in dat de gedraging in al haar onderdelen wordt geaccepteerd. De rechterlijke beslissing houdt dan bijvoorbeeld in dat de Sikh zonder beperkingen zijn kirpan mag blijven dragen.

Ad b) Confronteren betekent eveneens een actieve opstelling in de aanloop naar de beslissing, maar de beslissing betekent niet een eenzijdige acceptatie van het verweer van de verdachte. Bij het confronteren hoort naast ‘het bespreekbaar maken en bediscussiëren van verschillen’ ook het ‘beslechten’, dat wil zeggen ‘de uitwisseling en verscherping van posities als middel om een stap verder te komen en niet als een middel

27 oktober 1994, 18535/91, § 31 (Kroon e.a./Nederland). Zie ook Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003, p. 190 die stelt dat afwijkende meningen niet terzijde mogen worden geschoven, zelfs als die meningen lastig zijn te beantwoorden.

¹¹³ Zie voor de eis van zorgvuldigheid o.a. EHRM 23 april 1992, appl.nr. 11798/85, § 42 (Castells/Spanje).

¹¹⁴ Zie Corstens 2005, p. 697. Dat zelfstandige onderzoek vloeit voort uit de actieve proceshouding van de rechter in ons strafproces. In het belang van waarheidsvinding dient hij alle relevante informatie naar boven te halen die van belang zijn voor een zo eerlijk mogelijke afdoening van een strafzaak.

¹¹⁵ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003, p. 190-192.

¹¹⁶ Zie Siesling 2006, p. 2.

¹¹⁷ Zie hoofdstuk 3, nrs. 162-163.

om het conflict in stand te houden.¹¹⁸ Hier gaat het om strafbare feiten waarvan het belang groter is dan van wetsdelicten en waarbij een afweging van belangen nodig is, omdat handhaving van de rechtsnorm de belangen van derden dient. Het merendeel van de casus waar het Europese hof mee te maken heeft gekregen, had betrekking op dergelijke situaties. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of iemand zich mag vestigen in een gebied waar het milieu kwetsbaar is. Het verzoek wordt om culturele redenen gedaan, maar in principe is vestiging in dat gebied in strijd met milieuregels en dus een strafbaar feit. De afweging die de rechter dan moet maken, aldus het hof, is er één van de confrontatie. We zouden in dit verband ook kunnen denken aan gedragingen die geen fysieke schade toebrengen, maar wel sociale onrust met zich brengt. Gedacht kan dan worden aan kwetsende uitspraken over bepaalde personen, zoals homoseksuelen. Confronteren betekent allereerst dat de rechter het nationale zal recht moeten onderzoeken en moeten nagaan wat het belang van handhaving van dat recht ten opzichte van de bescherming van minderheden is. Belangrijkste afweging daarbij is welke belangen het betwiste nationale recht dient. Daarnaast zal de rechter het recht van minderheden moeten onderzoeken en moeten nagaan wat de betekenis van dat recht is voor de goede uitoefening van de cultuur van die minderheden. Hoe vitaal is die handeling voor uitoefening van die cultuur? Minderheden zullen daarbij met argumenten moeten aankomen waarmee wordt aangegeven dat er sprake is van een zeer groot belang die handeling uit te oefenen. De rechter zal vervolgens een afweging moeten maken. Daarbij geldt dat ieders mening even belangrijk behoort te zijn.¹¹⁹ Tevens geldt dat de inhoud van die meningen door de rechter aan de orde mag worden gesteld. Beperking daarvan door bijvoorbeeld het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid is, zoals ik in hoofdstuk 4 al heb aangegeven, niet gewenst.¹²⁰ De uitkomst van confrontatie is niet dezelfde als bij tolerantie, nu volledige acceptatie van het gedrag niet de uitkomst hoeft te zijn. Er kan ook sprake zijn van een compromis: de verdachte wordt slechts onder voorwaarden toegelaten bijvoorbeeld bepaalde uitlatingen te doen. Dat kan afhangen van de aard van de gedraging, maar ook het type persoon. Zo zou ik mij kunnen voorstellen dat aan personen vanwege een bepaalde maatschappelijke functie of positie in een gemeenschap, zoals dominees, hogere eisen worden gesteld dan aan anderen. Eerstgenoemden hebben minder ruimte om zich op cultuur te beroepen. Het is juist vanwege die maatschappelijke functie dat zij anderen sneller kunnen beïnvloeden zich op een bepaalde wijze te gedragen. Dat kan die anderen schade toebrengen, doordat zij kunnen worden vervolgd en veroordeeld voor een gedraging die zij min of meer zijn opgedragen te doen. Zeker personen die weten dat zij bepaald gezag uitstralen of uit hoofde van een functie hebben dienen dat gezag met gepaste zorg uit te dragen.

Ad c) Normeren 'betreft het stellen van een norm. Het gaat om het bepalen van wat wel en niet geboden en verboden is in een bepaalde situatie.'¹²¹ Het stellen van die norm kan echter alleen gepaard gaan met het vaststellen van de inhoud van die norm. In het belang van een legitieme norm, een norm die door iedereen kan worden omarmd omdat zij uitdrukking is van wat volgens burgers de juiste wijze van handelen met zich brengt, zal ook over de inhoud van de norm mogen worden gediscussi-

¹¹⁸ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003, p. 191-192.

¹¹⁹ Zie Ellian 2003.

¹²⁰ Hoofdstuk 4, nrs. 232-233.

¹²¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003, p. 192.

eerd.¹²² Normeren kan in verschillende situaties in de rede liggen, vooral in het geval van ernstige strafbare feiten waar fysieke schade aan derden wordt toegebracht. De culturele delicten die ik in hoofdstuk 2 heb behandeld vallen onder de categorie normering. Het ging in deze casus immers om ernstige strafbare feiten, vooral moord en doodslag. Het effect van normering, namelijk bestraffing, van dergelijke delicten ligt echter niet altijd in de rede. Het strafrecht biedt mogelijkheden onder bestraffing, uit te komen. In hoofdstuk 4 heb ik aangegeven dat die mogelijkheid bestaat bij aanwezigheid van een wettelijke *tegennorm*, een rechtvaardigingsgrond.¹²³ Die houdt in dat het belang dat de rechtsnorm dient, zelfs wanneer dat het recht op leven is, in exceptionele omstandigheden terzijde kan worden geschoven omdat de tegennorm een *hoger belang* dient dan de rechtsnorm. In hoeverre dat het geval is, wordt bepaald door de inhoud van de rechtvaardigingsgronden.¹²⁴

Normeren, zo volgt hieruit, is niet automatisch het handhaven van de wet, nu de wet ruimte biedt om voor tot handhaving over te gaan (en de pleger van een cultureel delict te bestraffen) te discussiëren over de noodzaak de norm te handhaven. De aanwezigheid van tegennormen in het strafrecht maakt het mogelijk om de betekenis van het onrecht nader te specificeren. Rechtvaardigingsgronden bepalen immers de betekenis van de materiële wederrechtelijkheid, het tweede deel van wederrechtelijkheid (naast formele wederrechtelijkheid) en dragen bij aan beperking van de praktische toepasbaarheid van de delictsomschrijving. Rechtvaardigingsgronden beperken niet de omvang van de delictsomschrijving, de formele wederrechtelijkheid blijft dezelfde, maar enkel de omvang van de materiële wederrechtelijkheid. De vraag is nu hoe culturele achtergronden kunnen bijdragen aan een verfijning van de interpretatie van materiële wederrechtelijkheid. Daarvoor moeten we de rechtvaardigingsgronden nader bestuderen.

6.3.3.3 *Burgerschap en rechtvaardigingsgronden*

309. De belangrijkste geschreven rechtvaardigingsgronden ten aanzien van culturele delicten zijn volgens diverse auteurs overmacht in de zin van noodtoestand en noodweer.¹²⁵ Beide rechtvaardigingsgronden kunnen in de kern als volgt worden omschreven. Ten eerste laten zij handelen toe dat uit nood is ontstaan: een nood die bestaat uit een conflict van plichten (noodtoestand) en een nood die bestaat om je eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed te verdedigen (noodweer). Ten tweede wordt die noodsituatie pas een rechtvaardiging van formeel wederrechtelijk gedrag wanneer voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, de culpa in causa en de Garantenstelling.

In de rechtspraak omtrent culturele delicten wordt nauwelijks inzicht gegeven in de betekenis van deze bestanddelen.¹²⁶ Wat proportioneel is terzake van culturele delicten moet aldus worden afgeleid van de inhoud van dit bestanddeel in de rechtspraak.¹²⁷ Hetzelfde geldt ook voor de andere bestanddelen. Wanneer we de verschillende bestanddelen onderscheiden, verwijst proportionaliteit naar de verhouding tussen de aanranding en de verdediging tegen de aanranding (de afweer). Volgens Machielse

¹²² Zie Van der Vlies 1993, p. 26.

¹²³ Hoofdstuk 4, nr. 211.

¹²⁴ Zie Machielse en Schaffmeister 1992, p. 39.

¹²⁵ Zie W. Huisman 1995, p. 83, Wolswijk 2004.

¹²⁶ Zie hoofdstuk 2, nrs. 66–67.

¹²⁷ De voornaamste rol voor de rechtspraak werd al door de minister van Justitie bij invoering van artikel 41 lid 1 Sr in 1886 bepleit. Zie De Hullu 2006, p. 298.

dient 'het risico aan de aanranding verbonden niet steeds ernstiger te noemen moet zijn dan het risico dat de afweer in zich bergt.'¹²⁸ Dat vloeit voort uit het feit dat noodweer *rechtsverdediging* is: de verdediging ontnemt het onrecht van de gedraging en dat kan alleen wanneer sprake is van een tegennorm die een hoger belang dient dan de rechtsnorm beoogt te beschermen.¹²⁹ Subsidiariteit heeft betrekking op de aard van de verdedigingswijze. Dat oordeel hangt af van 'de aard en gevaarlijkheid van de aanranding, en de individuele capaciteiten van de verdachte.'¹³⁰ In de rechtspraak werd tot voor kort veel belang gehecht aan het vluchtvereiste. Als de verdachte ervoor kon kiezen zich niet te verdedigen, maar kon vluchten, komt hem een beroep op noodweer niet toe. De Hoge Raad stelt in dit verband dat de rechter vooral goed moet motiveren waarom er al dan geen vluchtmogelijkheden waren.¹³¹ Er lijkt meer nadruk te worden gelegd op de individuele capaciteiten van de verdachte. Er moet daardoor inzicht worden verkregen in de *rol* die de verdachte speelt en de achtergrond die aan de inhoud van die rol heeft bijgedragen. Dit kan ertoe leiden dat bijvoorbeeld noodweer (maar voor overmacht in de zin van noodtoestand geldt hetzelfde) op een concrete (individualistische) wijze wordt beoordeeld, gelijk Vermunt ten aanzien van het wederrechtelijkheidsoordeel bepleitte.¹³²

Echter, de Garantenstelling en de culpa in causa beperken de individualiseerbaarheid van de rechtvaardigingsgronden. Vooreerst, de verdachte moet zichzelf niet in de situatie hebben gebracht dat hij zich moest verdedigen.¹³³ Het opzoeken van geweld sluit noodweer uit. Dat betekent niet dat iedereen die in een gewelddadige situatie terechtkomt zichzelf in die situatie heeft gemanoeuvreerd. Dat leek een tijd in de lagere rechtspraak de gedachte.¹³⁴ De Hoge Raad heeft echter bepaald dat de eis van culpa in causa niet betekent dat het opzoeken van een bepaalde potentieel gewelddadige situatie ook ertoe leidt dat als die situatie ontstaat geen beroep op noodweer mogelijk is. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval.¹³⁵ De meeste auteurs zijn daarbij van mening dat de vraag of er sprake was van een situatie waarin de verdachte zich verwijtbaar heeft begeven niet achteraf 'in de studeerkamer' moet worden vastgesteld, maar 'uiterst realistisch' moet zijn en 'op de concrete situatie toegespitst'.¹³⁶ Ook hier geldt dat de aard en gevaarlijkheid van de aanranding en de capaciteiten van de verdachte bepalend zijn om vast te stellen of er sprake is culpa in causa.¹³⁷ Mijns inziens geldt dat ook voor de culturele achtergrond. Tenslotte is voor de bepaling van onder andere noodweer ook een Garantenstelling van belang. Kern van dit begrip is dat bepaalde groepen personen een grotere verantwoordelijkheid hebben in het naleven van de wet dan andere personen. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking bij politieagenten. In hun reactie op een aanranding hebben zij zich meer te beheersen dan de gemiddelde burger.¹³⁸

¹²⁸ Machielse 1986, p. 664.

¹²⁹ Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 314.

¹³⁰ Machielse 1986, p. 655.

¹³¹ Zie o.a. HR 29 april 1997, *NJ* 1997, 627, m.nt. JdH, HR 21 november 2000, *NJ* 2001, 160, m.nt. JdH.

¹³² Zie hoofdstuk 4, nr. 204.

¹³³ Zie Machielse 1986, p. 655.

¹³⁴ Zie bijv. Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 322.

¹³⁵ Zie bijv. HR 1 juli 1996, *NJ* 1996, 753.

¹³⁶ De Hullu in noot onder HR 21 november 2000, *NJ* 2001, 160.

¹³⁷ Zie uitgebreider nr. 321 in dit hoofdstuk.

¹³⁸ Zie De Hullu 2006, p.305-306.

310. De Garantenstelling wordt meestal gebruikt om personen met een bijzondere hoedanigheid te onderscheiden van anderen. Die hoedanigheid kan afhankelijk zijn van de functie die men in het dagelijks leven uitoefent, maar ook van leeftijd, geslacht en dergelijke.¹³⁹ Hoewel dit uit de literatuur en rechtspraak niet blijkt, kan men de Garantenstelling mijns inziens ook een meer algemene dimensie geven. Ze kan dan twee betekenissen hebben, een geïndividualiseerde (waarbij dus naar functie, leeftijd, geslacht en dergelijke wordt gekeken) en een veralgemeniseerbare, waarbij men kijkt naar wat van een *burger* in zijn algemeenheid mag worden verwacht. In deze hoedanigheid is de Garantenstelling een algemene eis die de uiterste omvang van een strafuitsluitingsgrond (en daarmee ook een rechtvaardigingsgrond) vaststelt. Zij sluit aan bij de aard van strafuitsluitingsgronden. Zo zijn rechtvaardigingsgronden immers exceptionele uitsluitingen van strafbaarheid vanwege de aanwezigheid van een tegennorm die de formele wederrechtelijkheid van een gedraging wegneemt.¹⁴⁰ Die exceptionaliteit ten aanzien van culturele delicten wordt, in het licht van de jurisprudentie van het Europese hof terzake van het recht voor minderheden te leven op basis van de eigen culturele normen, naar mijn mening bepaald door de eisen die wij aan *burgers* in een multiculturele samenleving stellen. De inhoud van burgerschap bepaalt dus de acceptatie van een rechtvaardigingsgrond. In concreto bepaalt het de inhoud van de bestanddelen van noodweer.

In de eerste plaats betekent dit burgerschap de erkenning van de culturele diversiteit van de samenleving. Wanneer een rechter met een cultureel delict wordt geconfronteerd en de verdachte doet een beroep op zijn culturele achtergrond via bijvoorbeeld een beroep op noodweer, zal de rechter moeten erkennen dat in een democratische rechtsstaat 'oprechte erkenning van en respect voor diversiteit en de dynamiek van culturele tradities, etnische en culturele identiteiten, religieuze overtuigingen, artistieke en literaire en sociaal-economische ideeën en concepten' tot de fundamentele uitgangspunten behoort.¹⁴¹ De rechter heeft zich er dus niet gemakkelijk vanaf te maken. De bescherming van de cultureel afwijkende normen van bepaalde burgers is in een democratische samenleving een zeer hoog goed. Dat betekent mijns inziens onder andere dat de rechter het burgerschap niet zodanig moet uitleggen dat geen ruimte bestaat voor een individuele behandeling van het beroep op noodweer. Hij moet, gelijk Machielse in zijn proefschrift over noodweer beweert, het beroep zo geïndividualiseerd mogelijk benaderen. De belangen van (ook de allochtone) (de) verdachte dienen kortom niet worden veronachtzaamd. Beperking van het recht om op basis van eigen normen te handelen is volgens het Europese hof alleen mogelijk wanneer sprake is van een 'dringende sociale noodzaak'.

Dit brengt met op het tweede punt. In de jurisprudentie van het EHRM wordt aangegeven dat dergelijke noodzaak kan bestaan wanneer de fundamentele van de democratische rechtsstaat zelf worden ondermijnd.¹⁴² Daarvan is sprake op het moment dat de burger in strijd met de eisen van burgerschap handelt. De burger handelt in strijd met de eisen van burgerschap wanneer de middelen om een bepaald cultureel wellicht gerechtvaardigd doel te bereiken (bijvoorbeeld herstel van de familie-eer door

¹³⁹ Zie Kelk 2005, p. 268.

¹⁴⁰ Zie Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 266.

¹⁴¹ ...'genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts.' Zie EHRM 17 februari 2004, appl.nr. 44158/98, § 92 (Gorzelik/Polen (2)).

¹⁴² Zie o.a. EHRM 13 februari 2003, appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41344/98, § 98 (Refah/Turkije).

middel van geweld) in strijd zijn met de democratische principes van de gemeenschap waarin de burger functioneert. Van handelen in strijd met de eisen van burgerschap is ook sprake wanneer acceptatie van het verweer een precedent schept dat de belangen van derden (en daarmee van de hele democratische rechtsstaat) ondermijnt. Dat betekent niet automatisch dat het gedrag niet is toegestaan, en normering dus in de rede ligt, maar dit nodigt wel uit tot debat over de betekenis van die middelen en het belang van het te bereiken doel. Daarvoor zullen allochtonen soms bereid moeten zijn een deel van hun vrijheden op te geven wanneer de belangen van anderen en de rest van de samenleving daarmee gediend zijn.¹⁴³ De vraag is nu wanneer dat het geval zal moeten zijn.

Mijns inziens is de kern dat aan anderen geen 'nodeloos kwetsende en grievende' schade mag worden toegebracht.¹⁴⁴ Daarbij doet niet ter zake wat de aard van de schade is. 'Schade is schade, ongeacht in welke sfeer en door wie ook aangebracht.'¹⁴⁵ Waar het om draait is welke impact de schade heeft gehad op het slachtoffer en de samenleving als zodanig. Van nodeloos kwetsende en grievende schade is mijns inziens sprake wanneer de verdachte zich bewust was van de ernstige consequenties van zijn handelen, zijn handelen toch doorzet, maar daarna blijkt heeft gegeven van een gebrek aan bereidheid andere oplossingen toe te passen, terwijl hij erkent dat die er wel waren. Voorkomen moet worden dat de dader bewust de grenzen van het toelaatbare opzoekt. Zeker als de consequenties de belangen van het slachtoffer dermate heeft veronachtzaamd, ook al was het slachtoffer de persoon die hem in het geval van noodweer aanrandde, moet naar mijn mening worden opgepast de pluriformiteit van waarden en gedrag voorrang te verlenen. Het ligt dan in de rede om tot normering (en vervolgens dus bestraffing) over te gaan.¹⁴⁶

Kortom, bij de behandeling van een beroep op rechtvaardigingsgronden zal weliswaar in het licht van de rol van de verdachte moeten worden beoordeeld in hoeverre sprake was van materieel wederrechtelijk gedrag, maar is de ondergrens bepaald door wat in een democratische rechtsstaat van een *burger* mag worden verwacht. Burgerschap geeft allereerst een formele verplichting rekening te houden met culturele verschillen, maar nodigt ook uit tot een diepgaande discussie over de middelen tot het te bereiken doel bij het plegen van culturele delicten. Gedragingen die de belangen van derden en van de democratische rechtsstaat als geheel in ernstige mate ondermijnen, vormen wat mij betreft een indicatie om geen rechtvaardiging voor bepaald cultureel bepaald gedrag te kunnen vinden. Dan zal het feit, hoezeer de verdachte meende de juiste normen te volgen, toch strafbaar zijn.

¹⁴³ Zie EHRM 22 november 2004, appl.nr. 39793/98 (Petersen/Duitsland), EHRM 13 februari 2003, appl.nrs. 41340/98, 41342/98, 41344/98, § 99 (Refah/Turkije).

¹⁴⁴ Galenkamp en Westrik 2004, p. 67.

¹⁴⁵ Galenkamp 1998b, p. 17.

¹⁴⁶ Daarbij geldt stevast dat er altijd sprake moet zijn van een continue discussie. De beslissing op een moment om noodweer bij een bepaald cultureel delict niet toe te kennen, schept niet een dusdanig precedent dat rechter zich in andere zaken niet meer hoeven afvragen of er in hun zaak wel noodweer is. Het debat zal altijd moeten doorgaan, waardoor ook geen definitief antwoord kan worden gegeven wanneer welk gedrag nu wel of niet materieel wederrechtelijk is. Zie in algemene zin ook EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, § 109 (Leyla Şahin/Turkije). Zie ook Parekh 2000, p. 272. Daarmee is niet gezegd dat het debat in het strafrecht oneindig is. Zie hoofdstuk 5, nr. 283. Wordt de rechter geconfronteerd met de situatie dat hij er niet uitkomt, dan dient hij – gelijk Parekh aangeeft (2000, p. 273) – de bestaande opvattingen voorrang te geven. Uiteindelijk kan het namelijk niet zo zijn dat de rechter de gemeenschap met een beslissing opzadelt die meer schade oplevert dan wenselijk is. In dergelijke situaties heeft niet de rechter maar de wetgever zich te roeren. Zie o.a. Van der Vlies 1993.

6.3.4 *Cultuur als grond voor strafverzwaring?*

311. Stel dat er nu inderdaad sprake is van misbruik van het inroepen van bescherming door de eigen culturele achtergrond terwijl andere uitwegen open stonden die tot minder ernstige gevolgen konden leiden. Is er dan een reden hiermee bij de strafmaat rekening te houden? Kan een verkeerde interpretatie van verantwoord burgerschap een argument zijn tot strafverzwaring? De straf kan op zichzelf worden gezien als een handeling die een verwerping van de norm, die door de verdachte gesteld wordt, inhoudt.¹⁴⁷ Gutwirth en De Hert noemen dit de symbolische functie van de straf, nu met de straf de algemene erkenning van een bepaalde norm wordt bevestigd en de afwijzing van een door de verdachte gestelde norm wordt uitgesproken.¹⁴⁸ Die bevestiging van de norm en de daarmee gepaard gaande afwijzing van de door de verdachte gestelde norm vindt in laatste instantie plaats bij de vierde vraag van artikel 350 Sv. Hier biedt de rechterlijke vrijheid mogelijkheden om een meer normatief oordeel te vellen over de gedraging en haar achtergrond in vergelijking met de tweede vraag van artikel 350 Sv waar de wederrechtelijkheid aan de orde is. Dan is de rechter niet in een keurslijf geplaatst.¹⁴⁹ De beantwoording van de vraag welke sanctie dient opgelegd te worden, is dan ook bij uitstek het stadium van het strafproces waarin nog eens stilgestaan kan worden bij de culturele achtergronden van de gedraging en de verhouding tot het geldende recht.¹⁵⁰

Criteria in de strafmaatmotivering terzake van culturele delicten zijn getuige de jurisprudentie aan verandering onderhevig.¹⁵¹ Wanneer we de argumentatie nog eens bezien dan valt op dat in oude jurisprudentie betreffende culturele delicten de nadruk lijkt te worden gelegd op de inbedding van het gedrag in culturele normen van een bepaalde groep.¹⁵² Die inbedding lijkt bepalend voor het definitieve oordeel over de gedraging. Illustratief in dit verband is een arrest van het hof Arnhem waarin gebruik wordt gemaakt van de opinie van een ingeschakelde deskundige die stelde dat de culturele bepaaldheid van het gedrag tot strafvermindering moet leiden.¹⁵³ In latere zaken wordt deze vanzelfsprekendheid verlaten. Dan wordt de nadruk gelegd op de belangen van het slachtoffer,¹⁵⁴ die soms ook worden veralgemeniseerd tot door iedereen te aanvaarden mensenrechten, zoals het recht op leven. Soms wordt nadruk gelegd op hier te lande geldende normen. In het eerste geval wordt gerefereerd naar morele normen, waaraan iedereen wordt geacht zich te houden. In het tweede geval wordt gewezen op ethische normen, dat wil zeggen de normen die in een bepaalde gemeenschap gelden en gebaseerd zijn op bepaalde culturele codes.¹⁵⁵ In het laatste geval doet niet zozeer ter zake of de betreffende normen door iedereen worden geaccepteerd. Uitgangs-

¹⁴⁷ Zie Glastra van Loon 1987, p. 233.

¹⁴⁸ Gutwirth en De Hert 2002, p. 140-141.

¹⁴⁹ Zie hoofdstuk 2, nr. 59.

¹⁵⁰ Zie Boksem en Kromdijk 2000, p. 9.

¹⁵¹ Zie genuanceerd Ten Voorde 2004.

¹⁵² Zie hoofdstuk 2, nr. 72.

¹⁵³ Hof Arnhem in: HR 15 april 1986, NJ 1986, 741.

¹⁵⁴ Zie Rb Dordrecht 20 december 1999, LJN AA4019, Hof 's-Gravenhage 21 april 2000, LJN AD9578.

¹⁵⁵ Zie over ethische en morele normen, hoofdstuk 4, nr. 208. Ethische normen komen tot stand op basis van een cultureel geïnspireerde discussie. De norm die als gevolg daarvan tot stand komt heeft een duidelijk-ke inbedding in een bepaalde cultuurgemeenschap. Morele normen hebben een universele status in zoverre zij tot stand zijn gekomen op basis van een discussie die los stond van cultureel geïnspireerde opvattingen.

punt is namelijk dat iedereen die zich in Nederland bevindt, zich moet houden aan hier tot stand gekomen rechtsnormen.¹⁵⁶

Deze verschuiving naar ethische normen is op zichzelf begrijpelijk als men uitgaat van de gedachte dat een gemeenschap een uniforme cultuur moet hebben om te kunnen overleven en er dus alles aan moet doen om die uniformiteit te behouden.¹⁵⁷ Maar aan de andere kant is de vraag of dit een voldoende grondslag is om te bepalen of cultuur bij de strafmaat negatieve invloed mag hebben (dat wil zeggen strafverhogend). De neiging om alleen ethische normen als uitgangspunt te nemen is om twee redenen problematisch.

312. Ten eerste miskent deze neiging het respect dat in een democratie aan afwijkende meningen gegeven moet worden. Hier kan worden gewezen op eerder aangehaalde jurisprudentie van het Europese hof te Straatsburg. Dit respect komt onder andere tot uitdrukking in de vaststelling dat de belangen van de democratische samenleving in balans moeten zijn met de belangen van minderheden. Altijd moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen van minderheden versus de belangen van de democratisch rechtsstatelijke ordening van de samenleving. Inperking van rechten van minderheden is alleen dan toegestaan wanneer hun gedragingen strijdig zijn met de fundamenteën van de democratische rechtsstaat. Inperking van rechten en vrijheden van minderheden geschiedt op grond hiervan niet uitsluitend op basis van de protectie van de belangen van de meerderheid.¹⁵⁸ De belangen van minderheden en die van de meerderheid zijn gelijkwaardig. Dat brengt niet met zich dat de belangen van minderheden altijd aanvaard moeten worden, enkel dat het oordeel hoe met dergelijke belangen rekening wordt gehouden, niet gefundeerd mag zijn in de bescherming van de meerderheidscultuur. De bescherming van de belangen van de democratische rechtsstaat verwijst naar morele normen, die door iedereen moeten worden omarmd. Deze normen hebben geen culturele inbedding, maar gelden voor iedereen, omdat zij voor iedereen even waardevol zijn.¹⁵⁹

Daarop voortbouwend dient ten tweede te worden gesteld dat strafrechtelijke normen niet zozeer een ethische, maar uiteindelijk een morele grondslag moeten hebben. Die is bepalend voor de vraag welke culturele normen verwerkt mogen worden.¹⁶⁰ De rol van ethische normen in het strafrecht moet niet zodanig worden opgevat dat uitsluitend een beperkt aantal ethische normen bepalend zijn voor de concrete betekenis van strafrechtelijke normen, maar dat *alle* cultureel bepaalde normen daarop van invloed kunnen zijn.¹⁶¹ Ook normen van migrantenrecht zijn met andere woorden van invloed op de betekenis van strafrechtelijke normen, zoals die in een bepaalde strafzaak worden vastgesteld. De rol van morele normen is zodanig dat de ruimte voor culturele verschillen, dat wil zeggen de invloed van ethische normen op de vaststelling van strafrechtelijke normen, niet zo mag zijn dat daarmee de fundamenteën van de democratische rechtsstaat, waarnaar morele normen verwijzen, geheel terzijde worden geschoven.¹⁶²

¹⁵⁶ Zie Hof Arnhem 12 juni 2002, *IJN* AE4029, Rb Middelburg 15 oktober 2003, *IJN* AL9045, Rb Arnhem 11 november 2005, *IJN* AU5991.

¹⁵⁷ Zie De Ruijter 2000, p. 16.

¹⁵⁸ Zie Gilbert 2002, p. 745-750, Morawa 2004, p. 100.

¹⁵⁹ Zie EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98, § 108 (Leyla Şahin/Turkije).

¹⁶⁰ Zie Günther 1991, p. 209.

¹⁶¹ Zie Hildebrandt 2001, p. 327-328.

¹⁶² Zie hoofdstuk 4, nrs. 210-211.

313. De rechter dient bij zijn motivering te voorkomen de indruk te wekken alleen nadruk te leggen op de bestaande, cultureel bepaalde, normen van de dominante groep in de samenleving. Hij zal moeten laten zien inzicht te hebben verkregen in de aard van de door de verdachte gevolgde norm, het belang van die norm voor het handelen van de verdachte en de samenhang van die norm met andere fundamentele normen waarnaar de verdachte stelt te moeten handelen. Hoe belangrijker die norm is voor het functioneren van verdachte, hoe voorzichtiger de rechter zal moeten zijn in afwijzing van die norm. Bij afwijzing zal hij goed moeten motiveren waarom hij niet in voor verdachte positieve zin rekening houdt met de achtergrond van zijn gedrag. Die motivering dient naar mijn mening een afweging van belangen zichtbaar te maken. In die afweging dient aan de ene kant het respect voor culturele verschillen zichtbaar te zijn. Dat komt tot uitdrukking in het omschrijven van de aard en het belang van de door de verdachte gevolgde norm en het tot uitdrukking brengen van de inbedding van die norm in andere normen die voor het handelen van verdachte van wezenlijk belang zijn. De rechter moet zichtbaar maken dat hij in zijn afweging de culturele norm heeft betrokken. Aan de andere kant dient hij na het zichtbaar maken van het begrip voor de inbedding van de handeling in bepaalde culturele normen vervolgens aan te geven waarom die norm strijdig is met waarden van de democratische rechtsstaat en tevens aan te geven hoe belangrijk die waarden zijn. Het belang van die waarden zal stijgen wanneer zij betrekking hebben op het functioneren van anderen. Bij delicten waar slachtoffers zijn gevallen mag de rechter de verdachte zeker confronteren met de door hem geschonden belangen van het slachtoffer. Hij mag de verdachte ook zijn worsteling met de botsing van rechten (verdachte's recht op basis van cultuur te handelen en het recht van het slachtoffer in leven te blijven) tonen. Daarbij moet wel worden opgepast te spreken van uniform slachtofferschap. Slachtoffers van wie overduidelijk is dat zij het feit opzettelijk hebben uitgelokt, verdienen iets minder bescherming hetgeen tot uitdrukking mag komen in een voor de verdachte lagere straf.¹⁶³

Ook ten aanzien van dat laatste geldt dat er sprake zal zijn van een worsteling. De complexiteit van strafzaken kan dermate groot zijn dat zeer veel verschillende belangen tegenover elkaar moeten worden afgewogen. Mijns inziens geldt terzake van culturele delicten dat a) wanneer de democratische rechtsstaat zelf het doelwit was van het strafbare feit de rechter deze achtergrond scherp mag veroordelen.¹⁶⁴ Een democratische rechtsstaat heeft zichzelf immers zodanig te verdedigen dat de waarden, waaronder het behoud van pluraliteit, gegarandeerd blijven.¹⁶⁵ We hebben het hier dan over strafbare feiten die met een terroristisch oogmerk worden gepleegd. Voor de meeste culturele delicten is dat niet het geval. Dan geldt dat b) wanneer het feit dermate ernstig fysiek geweld inhoudt tegen personen de rechter minder snel geneigd hoeft te zijn om de culturele achtergrond boven die van het slachtoffer te stellen. Dat zal alleen anders zijn wanneer blijkt dat het slachtoffer het strafbare feit opzettelijk heeft uitgelokt. Daarbij zal mede rekening moeten worden gehouden met het perspectief van de verdachte. De rechter zal mijns inziens niet automatisch tot een hogere straf moeten komen wanneer sprake is van een slachtoffer, maar dat oordeel mede laten afhangen van het ver-

¹⁶³ Zie over dergelijk slachtofferschap o.a. Hildebrandt 1998.

¹⁶⁴ Vaak gaat het dan om een bepaalde extremistische of fundamentalistische interpretatie van een cultuur of religie die slechts bij een zeer beperkte groep mensen voorkomt. Mijns inziens mag de rechter, zolang hij die interpretatie afzondert van andere culturen en religies, die als grond voor strafverhoging gebruiken.

¹⁶⁵ Zie Rb Amsterdam 26 juli 2005, *IJN* AU0025.

haal van de verdachte. Wel geldt mijns inziens dat de rechter weinig rekening hoeft te houden met de culturele achtergrond wanneer de gedraging in het bijzijn van kinderen of tegen kinderen heeft plaatsgevonden. De weerloosheid van vooral jonge kinderen vraagt mijns inziens om uitdrukkelijke bescherming. Indien tenslotte c) sprake is van slachtofferloze delicten (zelfs al houden die geweld tegen goederen in) ben ik van mening dat door de rechter sneller in strafverminderende zin rekening moet worden gehouden met de culturele achtergrond van het feit.¹⁶⁶ Dat zal niet altijd het geval zijn. Wanneer de gedraging het effect heeft dat het vertrouwen in democratische en economische instellingen wordt geschaad, zal minder snel tot strafverlaging op grond van de culturele achtergrond moeten worden overgegaan. We kunnen in dit verband dan denken aan het Hawala-bankieren,¹⁶⁷ een illegale vorm van bankieren die vooral bij Aziatische (soms bij Afrikaanse) immigranten voorkomt en die het vertrouwen in het bank- en verzekeringswezen, pijlers onder een markteconomie, zou kunnen schaden.

Ik ben me ervan bewust dat het effect van het voorgaande kan zijn dat in niet veel gevallen cultuur als grond voor strafverlaging zal worden gebruikt. Dat zal moeten worden afgewacht. Zeker in categorie b) en c) kunnen zich situaties voordoen waarin de verdachte, zelfs al vielen er slachtoffers, minder straf krijgt opgelegd. Dat zal vooral het gevolg zijn wanneer de verdachte uitgelokt wordt, waarbij mijns inziens het perspectief van de verdachte daaromtrent niet moet worden veronachtzaamd. Dat vraagt wel om een actieve rechter die zich niet blindstaart op de aanwezigheid van een slachtoffer, maar ook bereid is het aandeel van het slachtoffer mee te wegen in zijn beoordeling. Van groot belang is in ieder geval dat de rechter de verdachte zijn worsteling toont. In die worsteling laat de rechter immers zien dat en hoe hij rekening houdt met de culturele achtergrond van de gedraging. Zij vormt dan ook onderdeel van de communicatie tussen rechter en verdachte en moet de verdachte tot het besef brengen dat de rechter hem serieus heeft genomen, dat hij hem als lid van de gemeenschap heeft benaderd en hem ook als lid van die gemeenschap is blijven zien, ondanks de ernst van het door hem gepleegde delict. De strafmotivering moet dan ook nooit zo worden omschreven dat de verdachte uit de samenleving wordt gestoten.¹⁶⁸ Burger-schap betekent ook de verantwoordelijkheid van de gemeenschap iedere burger als lid van die gemeenschap te blijven zien en met elk van hen te communiceren. De ernst van het delict doet aan die stelregel niets af, al zal de uitkomst (vanwege de gevolgen van dat ernstige feit) wel kunnen zijn dat de rechter geen rekening houdt met de culturele achtergrond van het feit. Zolang de rechter zichtbaar maakt dat hij een afweging tussen belangen heeft gemaakt, is een dergelijke uitkomst niet onaanvaardbaar.

6.4 De subjectivering van het schuldordeel

6.4.1 *Inleiding*

314. Indien wederrechtelijkheid komt vast te staan, er dus geen succesvol beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond, is niet gezegd dat dan geen rekening kan worden gehouden met culturele verschillen. In de literatuur wordt aangegeven dat het handelen op basis van een bepaalde culturele code de mogelijkheid ontnaemt om andere keuzes te maken. Er is dan sprake van een – niet pathogeen verklaarbaar – gebrek uit vrije wil te handelen. In strafrechtelijke termen vertaald zou dat psychische

¹⁶⁶ Zie Renteln 2004, p. 217–218, Li 1996, p. 796, Smith 1995, p. 207.

¹⁶⁷ Zie hierover Ballard 2006.

¹⁶⁸ In de kern is dat ook de opvatting van Duff 2001.

overmacht kunnen betekenen. Van psychische overmacht is sprake indien er een zodanige externe drang was waaraan in redelijkheid geen weerstand geboden kon worden.¹⁶⁹ Uit deze definitie kan worden afgeleid dat psychische overmacht twee toetsen verenigt, namelijk een subjectieve toets waarin de nadruk wordt gelegd op de oorzaken van de opgetreden wilsonvrijheid bij de persoon van de verdachte. Om psychische overmacht vast te stellen dient een van buiten komende drang te worden vastgesteld, die zo sterk is dat, als gevolg van zijn ‘psychologische predispositie’, die drang hem ertoe brengt het strafbare feit te plegen.¹⁷⁰ Daarnaast bevat psychische overmacht ook een normatieve of juridische toets, waarin het bij de vaststelling niet zozeer gaat om de persoonlijke achtergrond van de verdachte, maar om de vraag of hij ‘in redelijkheid’ weerstand kon bieden tegen de van buiten komende druk. Uitgangspunt is dat een justitiabele in principe wel weerstand kan bieden, maar dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn op basis waarvan redelijkheid kan worden vastgesteld dat in redelijkheid geen weerstand kon worden geboden. Niemand hoeft een held te zijn. Dat gezegd zijnde, is de vraag stevast waar bij de beoordeling de meeste nadruk op moet worden gelegd, de psychische of de normatieve kant. Hierover verschillen de meningen, ook bij de beoordeling van culturele delicten. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat verschillende auteurs van mening zijn dat meer nadruk moet worden gelegd op de subjectieve toets, omdat op basis daarvan meer aandacht besteed kan worden aan de culturele achtergrond van de dader. Andere auteurs, zoals Maris, zijn van mening dat meer nadruk moet worden gelegd op de objectieve beoordeling, waarbij gekeken wordt naar wat van een burger in redelijkheid verlangd kan worden. Als hij geen held hoeft te zijn, tot waar dient zijn weerstandsvermogen dan te strekken? De vraag die als volgt daarvan beantwoord moet worden, is in hoeverre het handelen op basis van culturele normen ertoe moet leiden dat het verwijt niet kan worden vastgesteld. In hoofdstuk 5 is daartoe inzage gegeven in de relatie tussen handelingen en normen, de wijze waarop inzicht kan worden verkregen in de persoon van de ander en diens relatie tot cultuur. Daarna is getracht een model te schetsen op basis waarvan ruimte voor culturele verschillen bij de vaststelling van schuld mogelijk is. De politiek van erkenning is hiervoor richtinggevend geweest. In deze paragraaf zal het in hoofdstuk 5 geschetste model worden geoperationaliseerd. Hoe moet psychische overmacht worden vastgesteld: dient hier een subjectieve of een objectieve beoordeling centraal te staan (paragraaf 6.4.2)? En wat is de rol van objectiverende toetsingskaders als de Garantstelling en culpa in causa bij de vaststelling van schuld (paragraaf 6.4.3)?

6.4.2 Een objectieve of subjectieve beoordeling van psychische overmacht?

315. In een samenvatting van zijn uit 1952 stammende proefschrift stelde Bronkhorst in 1985 dat overmacht geworden is ‘tot een algemene strafuitsluitingsgrond die het aan de rechter mogelijk maakt, formeel binnen het bestek van de wet, een ontslag van alle rechtsvervolging uit te spreken in allerlei uiteenlopende gevallen, waarin naleving van een in de wet gestelde regel rechtens niet is te vergen.’¹⁷¹ In zijn woorden is overmacht de ‘poort tot concrete gerechtigheid’ in gevallen waarin een verdachte weliswaar de strafwet had overtreden, maar van hem niet anders gevergd kon worden. Dit verklaart waarom door de meeste auteurs psychische overmacht als de meest aangewezen strafuitsluitingsgrond wordt gezien om rekening te kunnen houden met culturele delic-

¹⁶⁹ Zie De Hullu 2006, p. 283.

¹⁷⁰ Dolman 2006, p. 178.

¹⁷¹ Bronkhorst 1985, p. 664.

ten.¹⁷² Dat laat zich door de aard van psychische overmacht wel verklaren. Immers, het gaat hier om een vorm van tijdelijke ontoerekenbaarheid, die verklaard wordt door een ‘primaire ontlading van een drang’ die veroorzaakt wordt door een sterke prikkel om op een bepaalde wijze te handelen.¹⁷³ Om te kunnen spreken van psychische overmacht moet sprake zijn van een, als gezegd, ‘psychologische predispositie’ die in een bepaalde situatie een reactie ontlokt, die niet door een ziekelijke stoornis kan worden verklaard, maar samenhangt met de persoon van de dader en diens achtergrond.¹⁷⁴

316. Verschillende auteurs hebben aangegeven dat die predispositie niet beperkt moet blijven tot een psychologische, maar ook antropologisch verklaarbaar is. Gewezen wordt op de belangrijke werking van cultuur op het handelen en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid om anders dan volgens de gegeven culturele normen te handelen.¹⁷⁵ Dat zou ertoe leiden dat van een zelfstandige bepaling van de handeling geen sprake is. De meeste auteurs willen zover niet gaan, althans niet bij voorbaat,¹⁷⁶ maar erkennen dat de beoordeling van psychische overmacht ook een normatieve toets in zich houdt. Die normatieve toets houdt in dat de psyche van de dader niet terzijde moet worden gesteld, maar die kan niet zo dominant zijn dat elke pleger van een cultureel delict kan stellen door overmacht gedrongen te zijn. Van hem wordt verwacht dat hij afstand kan nemen van de hem gebiedende normen en zelfstandig kan oordelen of het gedrag in de gegeven omstandigheden acceptabel is. De objectivering wordt zo omschreven wordt erkend dat de verdachte (soms) op basis van bepaalde culturele normen moest handelen, maar dat dit niet automatisch betekent dat er dan geen schuld is. Als handelend subject is hij in staat afstand te nemen van zijn culturele normen en op basis van gemeenschappelijke normen te handelen, die gefundeerd zijn op de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat.

Het lijkt er dan ook op dat een gematigd normatieve toets gehanteerd wordt. Critici zullen stellen dat de openheid voor culturele verschillen dan met de mond wordt beleden.¹⁷⁷ Wanneer we de kritiek op de objectieve toets bij verwijtvaststelling moeten samenvatten, is het probleem gebrek aan ruimte voor de persoon van de dader.¹⁷⁸ Dat kan worden beargumenteerd aan de hand van een aantal uitspraken, waarin weliswaar wordt erkend dat onder druk is gehandeld, vanwege de ‘sociaal-culturele achtergrond’ op basis waarvan de verdachte functioneert, maar daaruit nooit volgt dat dit een dermate sterke predispositie met zich brengt dat niet kan worden verwacht dat anders kon worden gehandeld.¹⁷⁹ De belangrijkste verklaring hiervoor is dat voor het kunnen vaststellen van psychische overmacht altijd een psychologisch affect aanwezig te moeten zijn.¹⁸⁰ Er wordt gesteld dat psychische overmacht niet wordt toegekend als uit de psychiatrische en psychologische rapportages niet komt vast te staan dat er ten tijde van het plegen van het delict sprake was een ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestelijke vermogens waardoor de verdachte niet helder kon denken en een

¹⁷² Zie Wormhoudt 1986b, p. 332, W. Huisman 1995, p. 86, Knoops 1998, p. 251 ev.

¹⁷³ Zie Knoops 1998, p. 230.

¹⁷⁴ Zie S. Janssen en A. van Leeuwen 2000, p. 886, Kelk 2006, p. 830.

¹⁷⁵ Zie Knoops 1998, p. 259–260.

¹⁷⁶ Zie hoofdstuk 2, nr. 90.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 3, nr. 131.

¹⁷⁸ Zie hoofdstuk 2, nr. 90.

¹⁷⁹ Zie Rb 's-Gravenhage 2 oktober 2001, *IJN* AD3929, Rb 's-Gravenhage 25 februari 2002, *IJN* AD9565.

¹⁸⁰ Zie S. Janssen 2002, Dolman 2005, p. 692.

vrije keus kon maken. Ook al is er dan op basis van een bepaalde culturele achtergrond gehandeld en stond de verdachte onder druk van zijn cultuur, als niet kan komen vast te staan dat er een geestelijk gebrek is, is er geen psychische overmacht.¹⁸¹ De noodzaak van vaststelling van een geestelijk gebrek komt voort uit het uitgangspunt dat van iedereen wordt verwacht dat hij uit vrije wil kan handelen. Van ieder geestelijk gezond individu mag worden verwacht dat hij het volgen van bepaalde normen altijd de vraag wordt gesteld: ‘doe ik hier goed aan’, ‘zijn er andere opties’?¹⁸² In principe moet ieder normaal mens die vragen kunnen beantwoorden en weet hij, of behoort hij te weten, dat hij de strafwet niet mag overtreden en weerstand moet bieden tegen alles wat hem tot het plegen van een strafbaar feit pleegt. Dat is slechts anders als blijkt dat er een psychisch gebrek is waardoor men die weerstand niet meer kan opbrengen.

317. De psychiatrisering van psychische overmacht laat zich dan ook wel verklaren door de eis van ‘burgerlijke verantwoordelijkheid’. Dat laat zich niet verenigen met een houding, die misschien niet zozeer minachting voor het geldende recht inhoudt, maar wel een te gemakkelijke overgave aan bepaalde groepscode lijkt in te houden, tenzij die overgave door een zeker psychisch gebrek kan worden verklaard. In het vonnis van de Bossche rechtbank in Veghel geeft de rechtbank ook aan dat voor een dergelijke houding geen plaats is. Niet alleen blijkt dat uit de opmerking dat ‘het eerbewraak-motief en de daarmee verband houdende factoren’ niet automatisch tot erkenning van een beroep op psychische overmacht met zich brengt, maar ook dat van een burger in het algemeen, en verdachte in het bijzonder, meer weerstand mocht worden verwacht tegen de op hem liggende druk. Het lijkt mij dat de rechtbank hier op zichzelf een juiste maatstaf aanlegt. Ook voor de andere rechtbanken lijkt mij dat het zoeken naar een balans op zichzelf juist is. Ik heb echter moeite met de suggestie dat een pleger van een cultureel delict alleen met succes een beroep op psychische overmacht kan doen als sprake is van een psychisch gebrek. Hierdoor gaat psychische overmacht erg dicht tegen ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr) aanliggen en bestaat het gevaar dat de gedachte kan ontstaan dat iemand die zegt dat hij niet anders kon handelen voor ‘gek’ verklaard wordt. Dat komt er feitelijk op neer, dat het geloven in een god iets is voor mensen met een gebrekkige ontwikkeling aan de geestvermogens.

318. Die redenering is wat mij betreft een brug te ver.¹⁸³ Zij miskent de invloed van een gegeven set van normen die het ons mogelijk maakt tot de publieke ruimte te treden. Dat kader van normen determineert ons handelen weliswaar niet, maar de wijze waarop wij met die normen omgaan – hoe wij ze in ons handelen articuleren – is voor de ene persoon indringender dan voor de andere.¹⁸⁴ Die verschillende wijze van articuleren is niet eenvoudig te omschrijven, een gemene deler is hierin moeilijk te ma-

¹⁸¹ Zie Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *LJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

¹⁸² Zie HR 20 november 1979, *NJ* 1980, 129.

¹⁸³ Mijns inziens is dit een vorm van formele vernedering (hoofdstuk 5, nrs. 269-274). De verdachte wordt bij een beroep op psychische overmacht in feite geplaatst in een psychiatrisch discours, terwijl zijn verhaal op iets heel anders betrekking heeft. Het gevaar bestaat dat het psychiatrische discours zo de overhand zal nemen dat het verhaal van de verdachte niet of nauwelijks meer terzake doet. Mijns inziens is de politiek van erkenning, waar ik zojuist op wees, erop gericht om dergelijke belemmeringen tegen te gaan. Wanneer met andere woorden een beroep op psychische overmacht wordt gedaan op basis van de stelling dat om redenen van cultuur niet anders kon worden gehandeld, zal niet meteen een psychiatrisch onderzoek moeten worden gedaan, maar mijns inziens eerder een antropologisch onderzoek moeten worden gestart.

¹⁸⁴ Zie hoofdstuk 5, nrs. 264-266.

ken.¹⁸⁵ In de ontmoeting met de ander zien we hem dan ook vanuit de unieke positie die hij inneemt, maar ook de wijze waarop hij vanuit die positie handelt. Wanneer we de mens ontmoeten, ontmoeten we hem echter niet als een geheel, dat op basis van bepaalde causale condities handelt, maar zien we met hem de vrijheid waarin hij op basis van het gegeven kader keuzes kan maken, keuzes maakt en die ook weet in te passen in het kader op basis waarvan zijn handelen een keer vertrokken is. Ook de vaststelling van schuld vertrekt vanuit de veronderstelling dat keuzes gemaakt kunnen worden en dat over die keuzes verantwoording kan worden afgelegd.¹⁸⁶ Schuld veronderstelt met andere woorden vrijheid. Als vrijheid niet kan worden vastgesteld, is de bepaling van schuld ook niet mogelijk. Dat geldt op alle niveaus van schuldvaststelling, ook bij psychische overmacht.

Daar moet worden nagegaan in hoeverre de te maken keuze, namelijk de wet niet te overtreden, onder de gegeven omstandigheden verlangd kon worden. Met andere woorden, was er voldoende keuzevrijheid om te beslissen de wet wel te volgen, of bestond die niet als gevolg van een ‘ongewone psychische toestand’.¹⁸⁷ In het licht van hetgeen in hoofdstuk 5 is omschreven kan die overmachtsituatie alleen aannemelijk worden gemaakt op grond van een onderzoek naar de handelingsvrijheid van de verdachte. Die vrijheid kan alleen ‘verhaald’ worden.¹⁸⁸ Het vertellen van verhalen is gericht op het voorkomen dat de sociale patronen waarin de mens functioneert met behulp van statistische methoden vermeend betrouwbaar en cijfermatig worden vastgelegd. Dat miskent bovenal de spontaniteit en uniciteit van het handelen, dat juist niet altijd in dergelijke patronen kan worden vastgelegd. Vaststelling van schuld kan niet (gepaard gaan) zonder inzicht te verschaffen in het levensverhaal.¹⁸⁹ Dat verhaal is niet een kopie van een bepaalde omschrijving van een cultuur, omdat een dergelijke omschrijving veelal zal eindigen in een reeks van causale relaties (‘en toen’, ‘en toen’, etcetera), die zo simpel in elkaar zouden overvloeien, dat het leven van elk individu een aaneenschakeling van voorspelbare ontwikkelingen zou zijn. Cultuur biedt een gereedschapskist op basis waarvan gehandeld kan worden, maar de mens kiest welk gereedschap hij op welk moment waarvoor gebruikt in zijn dagelijks handelen.¹⁹⁰ Van te voren is wel ongeveer duidelijk welk gereedschap waarvoor dient, maar daarmee is niet gezegd dat dat altijd het geval behoort te zijn. Die vooraf onberekenbare keuzes, die een mens kan maken, kan echter alleen begrepen worden in het verhaal dat door de verdachte verteld wordt.

319. De vaststelling van psychische overmacht, dat wil zeggen de situatie waarin blijkt van een druk om op een bepaalde wijze te handelen, is pas mogelijk nadat inzicht is verkregen in het verhaal van de verdachte. Deze algemene lijn is nauwelijks te concretiseren vanwege het gevaar van uniformering. Psychische overmacht laat dat zelf niet toe, omdat de beoordeling of er weerstand kon worden geboden naar ‘redelijkheid’ moet plaatsvinden. Dat biedt ruimte voor een individualiseerbare beoordeling.¹⁹¹ In zijn algemeenheid betekent dit namelijk het zoeken naar de identiteit van de verdachte op het moment van handelen. Die identiteit kan duidelijk maken welke beoorde-

¹⁸⁵ Zie Benhabib 1999, p. 345.

¹⁸⁶ Zie Mooij 2004a, p. 59-61.

¹⁸⁷ Zie Haentjens en Haffmans 1981, p. 831.

¹⁸⁸ Zie W. Prins 1990, p. 34.

¹⁸⁹ Zie F. de Jong 2004, p. 698-699.

¹⁹⁰ Zie Appiah 1994, p. 155.

¹⁹¹ Zie Kelk 2006, p. 827.

lingsmaatstaf voor redelijkheid moet worden gebruikt. Zo kan ik mij voorstellen dat een jonger persoon, die onder druk wordt gesteld door zijn vader waar hij tegenop kijkt, sneller geen weerstand kan bieden. Tegelijkertijd geldt ook hier, dat ook van een 'normaal' persoon, waarvan op zichzelf niet kan worden verwacht dat hij aan bepaalde druk toegaf, soms geen weerstand verwacht kan worden. Hier geldt dat onderzoek moet worden gedaan op basis van twee verhoudingen namelijk tussen de identiteit van de verdachte en de invloed van bepaalde normen, de identiteit van de verdachte en wat van hem normaliter verlangd wordt. Dit moet bij de beoordeling van psychische overmacht als volgt worden uitgelegd.

a) Heeft de verdachte onder druk gehandeld en waar bestond die druk uit? Om deze vraag te beantwoorden is het gewenst na te gaan wat verdachte's identiteit ten tijde van het gepleegde feit is geweest.¹⁹² Op basis van die identiteit kan worden nagegaan welke betekenis de verdachte aan de culturele normen toekende op basis waarvan hij stelt te hebben gehandeld. Het oordeel van die identiteit zal de rechter mede met behulp van de verdachte en als deze zwijgt met een antropoloog moeten doen waarbij de rechter altijd een eigen verantwoordelijkheid draagt en dus kritisch moet zijn ten aanzien van de hem aangedragen informatie.¹⁹³ Van belang hierbij is dat vooral een spontane verwijzing naar de culturele achtergrond door de verdachte een belangrijke indicatie is dat hij ook op basis van die achtergrond heeft gehandeld en zich daardoor onder druk gesteld voelde. Achteraf stellen dat niet anders kon worden gehandeld omdat er sprake was van druk door culturele normen, is een reden die druk niet serieus te nemen.¹⁹⁴ Terzake van culturele delicten zal de rechter een zekere oprechtheid in het beroep op de culturele achtergrond van de dader moeten kunnen ontwaren. Dit betekent onderzoek naar de identiteit van de verdachte waarbij zal moeten worden nagegaan wat het belang is van de collectieve dimensie van diens identiteit voor het dagelijks handelen.¹⁹⁵ Mijns inziens moet voor de rechter aannemelijk worden dat de verdachte ten tijde van het feit zich door de aspecten van deze collectieve dimensie van identiteit liet leiden. Dat vraagt om inzicht in de wijze waarop die collectieve dimensie in het dagelijks leven een rol speelde. Blijkt daaruit bijvoorbeeld dat de verdachte in het normale leven zich nauwelijks bindt aan die collectieve dimensie, dan vormt dat een indicatie dat hij niet onder druk heeft gehandeld.

b) Moet die druk op het moment van het gewraakte handelen leiden tot acceptatie van het beroep op psychische overmacht? Als aannemelijk is dat de verdachte onder druk heeft gehandeld, omdat hij stelt dat hij de culturele normen van de groep waarmee hij zich verbonden voelt moest volgen, is vervolgens de vraag of die druk tot straffeloosheid moet leiden (aannee van het beroep op psychische overmacht). In hoofdstuk 5 is aan de hand van de politiek van erkenning aangegeven hoe deze stap moet worden genomen. Het antwoord op die vraag geschiedt door twee stappen. Zij hangt niet alleen af van de perceptie van de verdachte, dus van de wijze waarop hij de

¹⁹² De Hoge Raad heeft aangegeven dat een zo volledig mogelijk inzicht in de persoon van de verdachte noodzakelijk is, omdat anders de vervolgvraag (was de druk zodanig dat daaraan redelijkerwijs geen weerstand kon worden geboden) niet kan worden beantwoord. Zie HR 30 november 2004, *LJN* AR2067.

¹⁹³ Zie hoofdstuk 5, nr. 281.

¹⁹⁴ De man die zijn dochter weigerde te laten meedoen aan verplicht schoolzwemmen en daar in eerste instantie als reden voor gaf dat 'niet belangrijk' te vinden en pas op het onderzoek ter terechtzitting religieuze redenen naar voren brengt, kan geen beroep doen op overmacht. Aldus ook AG Fokkens bij het arrest (HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568, m.nt. 't H).

¹⁹⁵ Zie over die collectieve dimensie hoofdstuk 5, nr. 265.

‘verhouding der belangen, zij het ten onrechte, zo zag’,¹⁹⁶ maar ook van algemene maatstaven waarbij de plaats van de verdachte als burger in de gemeenschap wordt beoordeeld.¹⁹⁷ Ik ga hier in de paragraaf 6.4.3 verder op in.

6.4.3 *Beperking van psychische overmacht en de identiteit van de verdachte*

320. De politiek van erkenning waaraan de vaststelling van het verwijt in hoofdstuk 5 is gekoppeld, is een formele politiek van erkenning. Dat betekent onder andere dat het erkennen van iemands identiteit niet geschiedt door te bepalen wie iemand werkelijk is en waar hij persoonlijk wordt vernederd. Het gaat er uiteindelijk om dat de belemmeringen die kunnen bestaan in het heersende recht om op basis van een bepaalde identiteit te functioneren worden weggewerkt. Het bestaan van dergelijke belemmeringen zijn niet alleen barrières voor een individuele ontplooiing, zij maken een goede deelname aan de publieke ruimte als burger onmogelijk. Juist dat laatste moet worden tegengegaan. Dat geldt niet alleen voor een verdachte, maar voor elke burger. Voor de verdachte volgt uit deze stellingname dat bij de beoordeling van het verwijt zoveel mogelijk ruimte moet bestaan om inzicht te geven in de eigen identiteit, in het hoe en waarom van bepaald handelen en in het naar juridische maatstaven vertalen van de redenen waarom niet anders gehandeld kon worden, en – in relatie tot psychische overmacht – de druk zo hoog was dat in redelijkheid geen weerstand geboden kon worden. Ik heb al aangegeven dat die redelijkheid ruimte laat voor een persoonlijke beoordeling. Die is noodzakelijk, omdat mijns inziens een belemmering van een dergelijke beoordeling een voorbeeld is van een formele vernedering. Immers, als het concept psychische overmacht zo is bedoeld om als verdachte te kunnen aangeven dat onder druk is gehandeld en dat die druk weerstand onmogelijk maakte, dan dient de ruimte bestaan om dat verhaal te vertellen. Mijns inziens dient elke belemmering die daaraan in de weg zou staan, te worden opgeruimd.

321. Tegelijkertijd is de politiek van erkenning ingebed in de veronderstelling dat men met erkenning een volwaardig burger is in een gemeenschap, een bepaalde gemeenschap met een bepaald rechtstelsel, waarin op een bepaalde manier rekening wordt gehouden met situaties waarin onder druk is gehandeld. In Nederland bestaan een aantal correcties die maken dat niet elke druk tot psychische overmacht leidt. De redelijkheidstoets bevat namelijk niet alleen een verwijzing naar de mogelijkheid met de persoon van de dader (en zijn identiteit) rekening te houden, die ruimte is gelimiteerd door een aantal beperkingen. Het gaat hier om de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets en de culpa in causa. In deze paragraaf zal ik deze beperkingen in het licht van formele erkenning nader uitwerken.

De vraag in hoeverre de druk ten tijde van het gewraakte handelen moeten leiden tot het toekennen van het beroep op psychische overmacht is allereerst afhankelijk van de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. Als gezegd heeft proportionaliteit betrekking op de aard van de reactie, subsidiariteit op de mogelijkheid van andere (betere) oplossingen. Ten aanzien van psychische overmacht wordt, gelijk bij andere strafuitsluitingsgronden, wel verwezen naar een criteriumfiguur. Het concept criteriumfiguur kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Voor sommigen verwijst zij naar een ‘hypothetische dubbelganger’ (Dolman),¹⁹⁸ voor anderen is hij de ‘man in de straat’ die

¹⁹⁶ Haentjens en Haffmans 1981, p. 831.

¹⁹⁷ Zie hoofdstuk 5, nrs. 283–285.

¹⁹⁸ Dolman 2006, p. 192.

minder dan in het eerste geval met de verdachte vergelijkbaar is. Deze categorie stelt de rechter in staat ‘broodnodig’ te abstraheren van de feitelijke gang van zaken.¹⁹⁹ Dat is van belang omdat niet in het hoofd van de verdachte kan worden gekeken en dus nooit helemaal (achteraf) kan worden vastgesteld wat er ten tijde van het delict in hem omging.²⁰⁰ Abstrahering betekent dus het kunnen maken van een vergelijking. Ervan uitgaande dat elke mens uniek is, is die vergelijking alleen dan mogelijk als van die uniciteit wordt geabstraheerd. Het concept van de dubbelganger is dan wat mij betreft niet even handig gekozen, omdat de discussie zich dan kan toespitsen op de vraag wie die dubbelganger is. Mijns inziens gaat het dan niet om een vergelijking met anderen, maar om wat van *deze* verdachte als lid van *deze* gemeenschap kan worden verlangd. Het gaat dus om *burgerschap*. De vraag die door de rechter moet worden beantwoord is of van hem kon worden verlangd dat hij anders had moeten handelen. Het concept van de criteriumfiguur is voor beantwoording van die vraag een omweg, terwijl de vraag eigenlijk is: wat verlangen we van burgers?

Voor alles geldt dat wij van burgers verlangen dat zij in staat zijn tot reflectie. Dat vermogen tot overleg leidt ertoe dat een burger in staat is een afweging en daarbij de belangen van derden in ogenschouw neemt. Disproportioneel handelen betekent dat er te grof gereageerd is naar aanleiding van een te geringe druk. In hoeverre hier sprake van is, hangt mede af van de ‘menselijke drift tot zelfhandhaving: de dader mag zijn belang zwaarder laten wegen dan een ander, gelijkwaardig belang.’²⁰¹ Hieruit volgt dat niet terzake doet wat de objectieve verhouding is tussen de betrokken belangen die de dader in ogenschouw had moeten nemen, maar hoe die belangen door de dader worden gewaardeerd. Daarbij geldt echter wel dat de ernst van het feit mede bepalend is in hoeverre disproportioneel is gehandeld. Dit kan in termen van hoofdstuk 5 zo worden uitgelegd, dat bij het stellen van een norm door de verdachte in zijn handeling, het conflict tussen die normen niet op objectieve gronden hoeft worden beoordeeld, maar vanuit het perspectief van de dader. De zwaarte van het rechtsbelang verwijst naar de relatie tussen de dader en de persoon wiens rechtsbelang is geschonden. Primair gaat het dan om het slachtoffer. Wat hem is aangedaan, maar ook welk rechtsbelang van hem is geschonden moet worden afgewogen ten opzichte van de druk die op de verdachte werd uitgeoefend dat belang te schenden. Ernstige schade aan het slachtoffer is reden om te oordelen dat weerstand toch geboden moest worden. De verwijzing naar het recht op leven in de Veghelse zaak lijkt mij een juiste grond om disproportionaliteit aan te nemen.

Bij de subsidiariteitstoets gaat het erom vast te stellen dat de uitgeoefende druk ertoe leidde dat geen andere uitweg mogelijk was dan het feit te plegen. Het oordeel of er geen uitweg mogelijk was, moet mede worden gezien in het licht van de toestand waarin de druk was ontstaan. Was die toestand ontstaan door toedoen van de verdachte, dan is minder snel aan te nemen dat er geen uitweg mogelijk was. Mijns inziens dient hier te worden opgepast dat te snel de achtergrond van de druk niet wordt meegewogen. Dolman geeft aan dat de vraag of er sprake is van geoorloofd handelen bekeken moet worden vanuit het oogpunt van de betrokkene.²⁰² Daarbij dient mijns inziens wel in ogenschouw te worden genomen dat geen sprake is van strategisch handelen, van het kiezen van het geëigende moment om op te treden. Indien sprake is van

¹⁹⁹ Zie Kelk 2006, p. 826.

²⁰⁰ Zie Nijboer 1989.

²⁰¹ Dolman 2006, p. 191.

²⁰² Dolman 2006, p. 191.

een situatie dat men nog kon nadenken, had men ook de gelegenheid andere uitwegen te zoeken. Of dat ook echt zo was, hangt af van de manier waarop druk is uitgeoefend, hoe lang druk op de verdachte is uitgeoefend, wie die druk heeft uitgeoefend en op wie de druk is uitgeoefend. Hier geldt dat een verdachte die in een afhankelijkheidsrelatie tot een ander staat, niet snel in staat zal zijn om andere uitwegen te vinden. Hij zal eerder gehoorzamen aan de druk. Naar mijn mening dient met deze omstandigheden rekening te worden gehouden. Zij zijn onderdeel van het verhaal van de verdachte en geven inzicht in de achtergronden en redenen waarom is gehandeld. Hieruit volgt dat de verdachte wiens handelen wordt beoordeeld niet vereenzelvigd wordt met een gemiddelde mens. Bij de vaststelling van het verwijt is een veralgemening onnodig.

322. Een tweede beperkingsgrond is de zogeheten culpa in causa. Kort samengevat komt culpa in causa neer op ‘eigen schuld’, dat wil zeggen ‘een eigen aandeel in het ontstaan van een overmachtsituatie waarin het delict is gepleegd.’²⁰³ Om na te gaan of er sprake is van eigen schuld moet een ‘direct verband’ bestaan tussen de eigen schuld van de verdachte en de omstandigheden waaronder de verdachte een beroep op psychische overmacht baseert. Culpa in causa is een algemene eigen schuld, terwijl dolus in causa de zwaardere variant is. We spreken in beide gevallen ook van anterieure verwijtbaarheid.²⁰⁴ Bij dolus in causa gaat het erom dat iemand zich willens en wetens in een situatie manoeuvreert, terwijl hij weet dat hij daardoor een strafbaar feit zal plegen. Hij moet dan niet klagen onderworpen te worden aan maatregelen die in strijd zijn met de overtuiging van de verdachte. Een verdachte die rijdt onder invloed en daarna weigert mee te doen aan een bloedtest (zoals de regeling van de oude Wegenverkeerswet gebod) vanwege zijn geloofsovertuiging, zal geen succesvol beroep op overmacht kunnen doen.²⁰⁵ Dat lijkt mij op zichzelf alleszins redelijk, omdat de dolus in causa ontstond na het plegen van een gedraging die op zichzelf niets met enige geloofsovertuiging te maken heeft. Strijards stelt bijvoorbeeld dat het recht zich nooit aan de zijde van de persoon stelt die nodeloos situaties provoceert waarop men zich vervolgens moet verdedigen of rechtvaardigen.²⁰⁶

Maar stel nu dat men zich langzamerhand in de situatie heeft gemanoevreerd als gevolg van de overtuiging juist te handelen? In de Veghelse zaak had Ali de opdracht gekregen Hasan (de ‘ontvoerder’ van het zusje van Ali) in de gaten te houden en diens handel en wandel aan Ali’s vader te rapporteren. Ali’s vader was steeds bozer op Ali geworden omdat deze wel rapporteerde maar verder niets deed. Zijn vader vond hem een slappeling, hij herstelde in ieder geval niet de bezoedelde eer van de familie. Toen Ali Hasan op de fatale dag van de schietpartij weer zag en hij dat zijn vader rapporteerde, was hij inmiddels in de situatie beland dat er weinig anders meer kon dan de eer van de familie te zuiveren. De rechtbank overwoog naar aanleiding van deze gang van zaken, dat Ali zijn vader ook niet had hoeven vertellen dat hij Hasan had gezien. Hij stelt:

²⁰³ De Hullu 2005, p. 43.

²⁰⁴ Zie Machielse 1995, p. 237.

²⁰⁵ Zie HR 3 maart 1987, *NJ* 1988, 7, 9 juni 1987, *NJ* 1988, 318, HR 13 februari 1990, *NJ* 1990, 457.

²⁰⁶ Strijards 1987, p. 44.

‘Hij [Ali, JMtV] had niet per se zijn vader hoeven waarschuwen toen hij [slachtoffer 1, Hassan, JMtV] op 7 december [1999, JMtV] op school aantrof. Door dit toch te doen heeft verdachte zichzelf in de situatie gebracht waarin tegen [slachtoffer 1] actie zou worden ondernomen. Verdachte had zich kunnen realiseren dat vader, na verdachtes telefoontje dat hij [slachtoffer 1] op school had gezien, zware druk op hem zou kunnen uitoefenen om daadwerkelijk actie tegen [slachtoffer 1] te ondernemen (...)’²⁰⁷

Op zichzelf is dit een redenering waarin het causale verband tussen de handelingen wel kan worden begrepen, maar tegelijkertijd is de vraag of de keuzevrijheid die Ali wordt toegedicht wel zodanig was dat hij schuldig is aan het in stand houden en continueren van die fatale keten. Normaal is nader onderzoek nodig om te bepalen of er inderdaad sprake is van een keten die men niet alleen zelf in het leven heeft geroepen, maar ook schuldig is aan het in stand houden van die keten en het brengen van die keten tot een climax (het strafbare feit).²⁰⁸ Het gaat er dan mijns inziens om te bepalen wat die keten heeft veroorzaakt en waarom de verdachte die keten in stand heeft gelaten en tot die climax heeft doen brengen. Dan lijken mij, gelijk Bronkhorst, de ‘aard en intensiteit van de vrijwilligheid en welbewustheid’ om een bepaalde situatie, die tot het strafbare feit leidt, in stand te houden van belang, alsmede ‘het karakter van een bepaalde situatie, die meer of minder gevaarlijk kan zijn’.²⁰⁹ Dit vraagt om een casuïstische aanpak, zoals ook de lijn van de huidige jurisprudentie lijkt te zijn. De omstandigheden van het geval zijn hier mede bepalend. Dit is bij schulditsluitingsgronden niet zozeer een probleem, omdat het hier juist gaat om de individuele identiteit en diens verhouding tot de overtreden norm.

Het voorgaande neemt niet weg dat culpa in causa wel een correctie kan zijn op de kwaadwillenden die om strategische redenen wijzen op de culturele achtergrond van de feiten. In het geval van Ali zou ik van strategisch handelen niet snel overtuigd zijn, al moet hier natuurlijk worden opgepast. De vraag is of er sprake is van kwaadwillendheid op het moment dat men consequent de eigen normen volgt en men weet dat ernstige gevolgen kunnen intreden. Dan zou gezegd kunnen worden dat de verdachte de feiten heeft opgezocht en er dus sprake is van culpa in causa. Dolman stelt dat ook hier de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn, dat wil zeggen dat de feiten en de achtergronden van de feiten niet over het hoofd gezien mogen worden.²¹⁰ Die omstandigheden zijn geïndividualiseerd. Het gaat niet alleen om een gemeenschappelijk belang, hoe de verdachte zich als burger had behoren te gedragen, maar wat van hem als mens, gegeven zijn identiteit en zijn houding tot de door hem gestelde norm, kan worden verlangd.²¹¹ Maar hier geldt wel als correctie dat voorkomen moet worden dat met het gedrag de belangen van anderen worden miskend. Hoezeer het oordeel de belangen van de verdachte als uitgangspunt neemt van het oordeel of sprake is van culpa in causa, de omstandigheden van het geval moeten – indien een derde betrokken is in de aanloop naar de feiten – mede betrokken zijn op de positie van die derde. Mijns inziens zal dat zwaarder gelden indien sprake is van dolus in causa, omdat er dan sprake is van willens en wetens een situatie creëren die tot het strafbare feit leidt. Bij culpa in causa hangt het van de rol van de derde af in hoeverre aan de

²⁰⁷ Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, LJN AA9954 (NJ 2001, 130).

²⁰⁸ Zie De Hullu 2005, p. 45.

²⁰⁹ Bronkhorst in: De Hullu 2005, p. 45, noot 14.

²¹⁰ Dolman 2006, p. 198.

²¹¹ Zie Dolman 2006, p. 200.

aan hem berokkende schade bij het oordeel van culpa in causa betrokken moet worden.

6.5 Slotopmerkingen

323. In dit hoofdstuk is getracht het theoretische perspectief uit deel II te vertalen naar de strafrechtelijke dogmatiek. Het is niet de bedoeling geweest uitputtelijk te zijn. Aan de hand van een aantal voorbeelden is getracht een beeld te schetsen dat inzicht geeft in de belangrijkste vraagstukken waarmee het strafrecht wordt geconfronteerd. Deze zijn gekozen op basis van hun actualiteit in jurisprudentie, rechtswetenschap en wetgeving, de drie onderzoeksterreinen die ik in hoofdstuk 2 heb onderscheiden. Mijns inziens vloeit daaruit voort dat de belangrijkste actuele vraagstukken betrekking hebben op de toekomst van de aanpak van eerwraak en de rol van het strafrecht, vooral ten aanzien van de aansprakelijkheidstelling van niet direct betrokkenen, de behandeling van de culturele achtergrond bij een beroep op rechtvaardigingsgronden (vooral noodweer) en de behandeling van de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte bij psychische overmacht. In deze conclusie vat ik de belangrijkste resultaten van dit hoofdstuk samen.

Ten eerste heb ik gewaarschuwd voor een verdergaande collectivisering van aansprakelijkheid. De deelnemingsvormen, zoals medeplegen en medeplichtigheid, bieden al vrij veel mogelijkheden om derden te veroordelen voor een zekere mate van participatie voor, tijdens of na het strafbare feit. In het algemeen wordt in de strafrechtelijke literatuur aangenomen dat moet worden voorkomen dat de aansprakelijkheid van derden te ver wordt opgerekt omdat dan het hebben van een verkeerde mentaliteit strafbaar wordt. De individuele verdachte moet altijd zelfstandig enig aandeel hebben gehad in de totstandkoming of afwikkeling van een bepaald strafbaar feit. Strafbaarheid van een verkeerde mentaliteit komt neer op *Gesinnungsstrafrecht* waarbij de gedraging niet meer terzake doet, maar de kern van de aansprakelijkheid bijvoorbeeld is dat men een bepaalde identiteit heeft. Het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid geschiedt dan als volgt: de rechter stelt de identiteit van de verdachte vast, die identiteit heeft alleen een collectieve component, uit die collectieve component komt naar voren dat de verdachte tot een groep hoort die eerwraak accepteert, eerwraak is strafbaar, omdat de verdachte lid is van een groep die eerwraak accepteert, kan hij strafbaar zijn wanneer in zijn omgeving eerwraak wordt gepleegd. Immers, hij keurt eerwraak goed en getuigt daarmee van een verkeerde mentaliteit. Zover is het in het strafrecht tot nu toe niet gekomen en het lijkt mij dat die ontwikkeling ook niet in gang moet worden gezet. Strafbaar is iemand pas wanneer hij betrokken was bij een bepaalde gedraging en een verbinding kan worden gemaakt tussen de dader en de verdachte. Die verbinding kan bestaan uit een deelnemingsvorm, maar niet uit het enkele feit dat de verdachte dezelfde cultuur heeft. Dat betekent dat de collectieve dimensie van een identiteit slechts de helft van het verhaal is. Altijd zal ook naar de individuele dimensie van identiteit moeten worden gekeken, zodat strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden toegespitst op een individuele verdachte en zijn aandeel bij het strafbare feit.

Ten tweede ben ik ingegaan op de vraag hoe bij het wederrechtelijkheidsoordeel door de rechter met de culturele achtergrond van het feit rekening kan worden gehouden. Ik heb die vraag als volgt beantwoord. Er moet worden erkend dat wederrechtelijkheid aan de hand van twee criteria wordt beoordeeld, het recht (en de daarin tot uitdrukking komende normen (zowel geschreven als ongeschreven)) en de rol die de verdachte speelde. Door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is aange-

geven dat de verdragsstaten altijd rekening moeten houden met de culturele diversiteit van de samenleving en daarmee, zo zou ik willen toevoegen, ook met de verschillende interpretaties van normen. Het recht is dus niet alleen het geschreven en ongeschreven recht van de autochtone gemeenschap, maar ook het ongeschreven recht van allochtone groepen kan van invloed zijn op de betekenis van rechtsnormen en de reikwijdte van wederrechtelijkheid. De rol van de verdachte is in dit verband een aanjagende en beperkende rol. De rol van de verdachte is de rol die hij als burger in een samenleving speelt. Die rol kan nooit los gedacht worden van zijn identiteit en dus ook niet van de collectieve dimensie daarvan. Die rol is dus cultureel ingebed en daarmee moet rekening worden gehouden. Tegelijkertijd betekent burgerschap ook verantwoordelijkheid. De burger heeft zich ten opzichte van zijn medeburger te gedragen en de morele grondslagen van de democratische rechtsstaat niet te ondermijnen. Burgerschap is voor de bepaling van onder andere noodweer, maar ook het gebruik van cultuur bij de strafmaatmotivatie van belang. Ten aanzien van noodweer moet worden erkend dat de betekenis ervan kan veranderen onder invloed van ongeschreven normen van de verdachte. Tegelijkertijd moet bij de beoordeling van een beroep op noodweer ervan worden uitgegaan dat van de burger mag worden verwacht dat hij nodeloos kwetsend en schadelijk handelen ten opzichte van anderen voorkomt. Daarbij zal wel rekening moeten worden gehouden met diens perceptie van de omstandigheden van het geval maar niet zodanig dat daarmee de belangen van derden en de democratische rechtsstaat terzijde worden geschoven. Wat nodeloos kwetsend en schadelijk handelen inhoudt, is niet in algemene termen uit te leggen maar moet aan de hand van eisen van proportionaliteit en subsidiariteit worden omschreven. Daarbij geldt telkens dat burgerschap een aanjagende en beperkende rol heeft. Enerzijds moeten proportionaliteit en subsidiariteit niet zo worden uitgelegd dat geen rekening wordt gehouden met de culturele achtergrond van de verdachte, anderzijds mogen zij ook niet zo worden uitgehold dat de belangen van derden en de democratische rechtsstaat worden ondermijnd. Deze balans vloeit ook voort uit de jurisprudentie.

Ten derde heb ik stilgestaan bij psychische overmacht. De beoordeling daarvan door de rechter hangt af van twee vragen. Ten eerste of er sprake was van druk en ten tweede of die druk van dien aard was dat deze verdachte daaraan in redelijkheid geen weerstand kon bieden? Bij de eerste vraag zal de rechter inzicht moeten verkrijgen in de persoon van de verdachte. In hoofdstuk 5 is aangegeven dat de rechter een omschrijving van de identiteit van de verdachte moet kunnen geven. Die omschrijving zal hij aan de hand van het verhaal van de verdachte, aangevuld met verklaringen van deskundigen moeten concipiëren. Bij culturele delicten is van belang dat die omschrijving niet beperkt blijft tot de individuele dimensie van identiteit. In hoofdstuk 5 is aangegeven dat een identiteit ook een collectieve dimensie heeft die het individu met een bepaalde groep verbindt. Het is juist die collectieve dimensie die niet of in onvoldoende mate wordt behandeld wanneer psychische overmacht wordt geïdentificeerd. Hoe sympathiek ook, daarmee dreigt het gevaar de nadruk te sterk te leggen op een eventueel psychisch gebrek terwijl dat niet het enige hoeft te zijn. Cultuur kan een rol hebben gespeeld en die rol mag mijns inziens niet worden veronachtzaamd. Dat geldt vooral wanneer de verdachte zelf aangeeft op basis van cultuur te hebben gehandeld. Wanneer de rechter het oordeel dan laat afhangen van de psychische gesteldheid van de verdachte en nauwelijks ingaat op diens culturele achtergrond, is wat mij betreft sprake van formele vernedering. De rechter zal allereerst dus zo zorgvuldig mogelijk inzicht moeten krijgen in de achtergronden van de persoon van de dader door diens

identiteit te omschrijven. Dat is vaak geen gemakkelijke opdracht, vooral niet als de verdachte zwijgt. Toch ontslaat dit de rechter niet van zijn onderzoek. Hij zal dan met behulp van deskundigen moeten proberen een zo goed mogelijk inzicht in verdachtes identiteit moeten krijgen. Daarbij zal hij kritisch moeten zijn, niet alleen op de omschrijving van verdachtes identiteit, maar ook op het vervolg. Dat vervolg is de vraag of de verdachte redelijkerwijs weerstand had kunnen bieden aan de op hem uitgeoefende druk. Die vraag moet niet alleen met inachtneming van de identiteit van de verdachte worden behandeld, zijn identiteit moet met andere woorden serieus worden genomen (nadat zij kritisch is onderzocht), maar ook op basis van algemene eisen van burgerschap. Ik heb aangegeven dat abstrahering van het oordeel omtrent psychische overmacht veelal plaatsvindt aan de hand van een criteriumfiguur. Mijns inziens is deze constructie niet nodig, omdat direct kan worden gekeken naar wat de gemeenschap van iedere burger verlangt. In hoofdstuk 5 heb ik aangegeven dat van iedere burger een zekere mate van reflectie wordt verlangd. Die reflectie is vooral van belang wanneer het resultaat van verdachtes handelen ernstige schade aan derden kan hebben veroorzaakt. Dan mag van een burger meer terughoudendheid worden verwacht. Die eis is geen keiharde: uit de algemene jurisprudentie blijkt namelijk dat ook wanneer de verdachte ernstige schade heeft toegebracht aan derden, hij een beroep op psychische overmacht kan blijven doen. Ook hier is burgerschap beperker en aanjager: beperker omdat met burgerschap algemene eisen worden gesteld die een basis vormen waaronder psychische overmacht niet kan worden aanvaard, aanjager omdat burgerschap altijd betekent het handelen op basis van een bepaalde identiteit in de publieke ruimte. Als uit die identiteit een zodanig sterke drang om te handelen blijkt, zal de balans minder snel doorslaan naar de belangen van het slachtoffer. Dan eist het ultimum remedium karakter van het strafrecht dat de verdachte vrijuit gaat.²¹²

²¹² De gedachte dat het strafrecht 'in de eerste plaats' de rechten van slachtoffer van culturele delicten beschermt (Kaptein 2002, p. 243), vind ik dan ook wel begrijpelijk maar te kort door de bocht. Het strafrecht beschermt ook de dader wanneer deze terecht staat. In het strafrecht wordt een afweging gemaakt, waarbij de omstandigheden van het geval, de persoon van de dader en de belangen van het slachtoffer door de rechter in zijn oordeel moeten worden betrokken.

HOOFDSTUK 7

Conclusies en uitleiding

7.1 Inleiding

324. Naar aanleiding van de verdediging van haar proefschrift op 23 november 2006 werden Siesling enkele interviews afgenomen in diverse media.¹ Volgens Siesling is meer begrip bij de rechterlijke macht voor de culturele achtergrond van allochtonen daders nodig om een beter oordeel te geven over de oorzaken van door allochtonen gepleegde culturele delicten. Dat begrip kan worden vergroot door de samenstelling van de rechterlijke macht een betere afspiegeling van de samenleving te laten zijn. De rechterlijke macht is 'te wit', een opvatting die in het recente verleden door meer auteurs is verdedigd² en ook is gesteld ten aanzien van andere instellingen die bij de strafrechtspleging zijn betrokken, waaronder het Openbaar Ministerie, de politie en de reclassering.³

Op één van deze interviews, in het AD/Utrechts Nieuwsblad, verschenen op internet daags na publicatie verschillende vooral negatieve reacties. Siesling had zich een waardig lid van de 'linkse kerk' getoond die nooit heeft begrepen wat de problemen van de multiculturele samenleving zijn. Ze verkwanselede de Nederlandse cultuur, wilde daders van eerwaak betere bescherming bieden dan slachtoffers en moest voor haar eigen veiligheid dergelijke opvattingen voortaan niet meer in het openbaar brengen. Deze veelal verhitte reacties op de vooral gematigde interviews tonen aan dat wetenschappers die onderzoek doen in en over de multiculturele samenleving opvattingen kunnen hebben die niet door iedereen worden geaccepteerd. Wetenschappers zullen daarop bedacht moeten zijn. Dat geldt ook voor de strafrechtjurist van wie wel eens wordt gezegd dat hij te ver van de maatschappelijke werkelijkheid staat en daardoor onvoldoende zicht heeft op hoe het strafrecht behoort te functioneren. De strafrechtjurist zal zich ervan bewust moeten zijn dat het strafrecht onderdeel is van een steeds veranderende samenleving die steeds kritischer is geworden op de in daarin bestaande instituties. Strafrechtswetenschappers zullen dus moeten blijven reflecteren op 'het handelen, het oordelen en beslissen'.⁴

Die reflectie kan betekenen het uitdagen van lang gekoesterde opvattingen en overtuigingen. Wetenschappers hebben tot taak ook in eigen geledingen de knuppel wel eens in het hoenderhok te gooien.⁵ Daarmee dient hij zichzelf en zijn collega's uit te dagen de heersende opvattingen nog eens helder voor het voetlicht te brengen, zeker ook wanneer 'het volk' over de schouders kritisch meekijkt of maatschappelijke veranderingen van dien aard zijn dat de tot dan toe heersende opvattingen aan herziening toe lijken te zijn. Ik zal dit hoofdstuk in het licht hiervan gebruiken om de in dit proefschrift ontwikkelde opvattingen aan de hand van de in hoofdstuk 1 geformuleerde onderzoeksvragen nog eens uiteen te zetten. Daarbij is het mij niet te doen 'het

¹ Zie NRC Handelsblad 1 december 2006, AD/Utrechts Nieuwsblad 7 december 2006, Staatscourant 19 december 2006.

² Zie bijv. Van der Sloot 2004. Een andere vraag is in hoeverre interculturalisering van de rechterlijke macht ook moet leiden tot het kunnen dragen van religieuze symbolen van leden van minderheidsgroepen. Daarover verschillen de meningen. Deze discussie valt buiten het kader van dit proefschrift. Zie Piret 2003.

³ Zie o.a. Verhaar 2001, Boone 2002.

⁴ Foqué 2001, p. 126.

⁵ Zie hiervoor bijv. Rozemond 2005.

volk' naar de mond te praten. Wetenschappers moeten soms ook een boodschap overbrengen die niet (meer) door een meerderheid van de bevolking wordt omarmd, maar daarom niet minder belangrijk is. Van belang is vooral dat wetenschappers maatschappelijke onvrede onderkennen, onderzoek doen naar de oorzaken en vervolgens op basis van hun eigen wetenschappelijke kennis aangeven in hoeverre die onvrede is gerechtvaardigd en in hoeverre daaraan tegemoet kan komen. Luisteren naar de stem des volks is één ding, ernaar handelen is een stap die daarop niet automatisch volgt.

7.2 De onderzoeksvragen

325. De in hoofdstuk 1 (nrs. 14, 32) geformuleerde onderzoeksvragen luiden als volgt:

Wordt met behulp van leerstukken van het Nederlandse materiële strafrecht getracht ruimte te vinden om rekening te houden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen (zoals culturele delicten) en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte?

En:

Moeten, en zo ja op welke wijze en in hoeverre, in het licht van de democratisch rechtsstatelijke grondslag van het strafrecht, leerstukken van materieel strafrecht open worden gesteld voor de culturele diversiteit van de samenleving?

Deze tweede onderzoeksvraag heb ik opgesplitst in drie deelvragen, luidende:

- a. *Kan het strafrecht, dat is gefundeerd op de democratische rechtsstaat, cultuurgevoelig worden en zo ja op grond waarvan en binnen welke grenzen is die culturele gevoeligheid mogelijk?*
- b. *Indien kan worden uitgegaan van de gedachte dat de democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen in het recht, 1) hoe verhouden zich dan geschreven rechtsnormen en ongeschreven normen van migrantenrecht tot elkaar in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid van de normschending; 2) kunnen normen van migrantenrecht bijdragen tot een concretisering van de wederrechtelijkheid en 3) indien dit het geval is, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?*
- c. *Kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?*

In dit hoofdstuk zal ik antwoord geven op deze onderzoeksvragen. In paragraaf 7.3 ga ik in op de eerste onderzoeksvraag. Daarbij zal ik in het kort de resultaten van hoofdstuk 2 nog een keer op een rij zetten en aangeven waarom het filosofische onderzoek dat ik in de rest van dit onderzoek heb verricht zo belangrijk is. In paragraaf 7.4 ga ik in op de tweede onderzoeksvraag. Daarbij zal ik allereerst stilstaan bij de eerste deelvraag, nu het antwoord op deze vraag het fundament voor de overige twee deelvragen vormt. In paragraaf 7.5 zal ik de overige deelvragen van de tweede onderzoeksvraag beantwoorden. Daarin zal ik tevens de resultaten uit hoofdstuk 6 erbij te betrekken en de rechter enige handvatten bieden die hem kunnen helpen met culturele delicten rekening te houden. Ik sluit dit hoofdstuk af met een aantal algemene slotopmerkingen.

7.3 De eerste onderzoeksvraag

326. De komst van enkele honderdduizenden immigranten sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog⁶ heeft van de Nederlandse samenleving een multiculturele samenleving gemaakt, een samenleving die als gevolg van aanhoudende immigratie te maken heeft gekregen met verschillende culturen. Verschillende culturen brengen verschillende gebruiken mee en niet al deze gebruiken zijn in de gegeven rechtsorde aanvaardbaar. Dat is vooral het geval ten aanzien van ernstige geweldsdelicten als eer- en bloedwraak. Al in het midden van de jaren zeventig van de twintigste eeuw worden justitiële autoriteiten, politie, Openbaar Ministerie en zittende magistratuur, geconfronteerd met deze cultureel bepaalde strafbare feiten, zogeheten culturele delicten. Enkele jaren later, halverwege de jaren tachtig zien we ook in de strafrechtelijke literatuur enkele verwijzingen naar in deze culturele delicten en wordt opgemerkt dat de justitiële autoriteiten met dergelijke strafbare feiten worstelen.⁷ Pas aan het eind van de jaren negentig, ruim twintig jaar na de eerste rechterlijke uitspraken, treedt de wetgever ten tonele. Dat kan verklaard worden door het feit dat pas vanaf halverwege jaren negentig van de twintigste eeuw de culturele factor in criminaliteit onder ogen wordt gezien. In de nota Criminaliteit in relatie tot etnische minderheden (nota CRIEM) wordt onderkend dat allochtone misdaad voor een (belangrijk) deel door de culturele achtergrond van allochtonen kan worden verklaard. Dat maakt discussie over een bijzondere groep door allochtonen gepleegde strafbare feiten, namelijk culturele delicten mogelijk.

327. De wetgever beperkt zich in eerste instantie tot vrij algemene opvattingen. Daar-in wordt afkeurend gesproken van delicten als eerwraak, meisjesbesnijdenis en dergelijke en gesteld dat het strafrecht het gelijkheidsbeginsel voorop moet stellen, inhoudende 'gelijke monniken, gelijke kappen.' Onderscheid op basis van etnische achtergrond moet worden vermeden, slechts op het individuele niveau van de persoon van de dader is ruimte om rekening te houden met 'cultuurgerelateerde' kenmerken. Onduidelijk is echter hoe deze opvatting moet worden begrepen. Mag de rechter nu wel of geen rekening houden met de culturele achtergrond van allochtone justitiabelen en zo ja, hoe moet hij daarmee rekening houden: in voor de verdachte positieve of negatieve zin? In de daarop volgende jaren lijkt het antwoord op deze vraag steeds duidelijker te worden. Verschillende incidenten dragen bij aan een verhard klimaat waarin de multiculturele samenleving steeds meer als een probleem wordt gezien. Er wordt gesproken van een 'multicultureel drama' of van een 'botsing van culturen'. Die botsing wordt steeds vaker geïllustreerd aan de hand van culturele delicten. Vooral eerwraak wordt gebruikt als voorbeeld van de mislukte integratiepolitiek van de Nederlandse overheid. Eerwraak getuigt van een premoderne cultuur en plegers van eerwraak zijn onvoldoende geïntegreerd in de samenleving. Dit vraagt om een grondige aanpak waarbij onorthodoxe maatregelen niet hoeven worden geschuwd. Kenmerkend voor de aanpak van eerwraak is het pleidooi niet belet te worden door 'juridische beren' en de juridische systematiek is 'niet leidend'. Hoewel door de wetgever zelf geen bijzondere wetgeving wordt voorgesteld, eerwraak wordt bijvoorbeeld niet apart strafbaar gesteld, daagt de wetgever de justitiële autoriteiten wel uit zo creatief mogelijk te zijn.

⁶ Voor een overzicht van de verschillende immigratiestromen naar Nederland zie o.a. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2001, p. 35-53.

⁷ Zie Wormhoudt 1986a.

Dit betekent bijvoorbeeld het zoeken naar de uiterste grenzen van de bestaande strafrechtelijke systematiek, vooral waar het gaat om het zoveel mogelijk vervolgen van bij eerwraak direct en indirect betrokken personen. Afschrikking kan dan ook alleen worden bereikt als zoveel mogelijk mensen in hun vrijheden worden getroffen.

Dat het ook anders kan bewijst de aanpak van meisjesbesnijdenis. Over dit vooral onder allochtonen van Somalische afkomst voorkomende strafbare feit werd al ruime vijftien jaar geleden gediscussieerd. Destijds werd aangenomen dat meisjesbesnijdenis als mishandeling kan worden gekwalificeerd en werk moet worden gemaakt van preventie en opsporing en vervolging. Daarvan is tot nu toe weinig terechtgekomen. Dat heeft het pleidooi voor aparte strafbaarstelling verhoogd. Voorstanders van aparte strafbaarstelling menen dat daartoe een internationale verplichting bestaat, recht wordt gedaan aan het *lex certa* gebod, voorkomen wordt dat allochtonen een beroep doen op afwezigheid van alle schuld omdat zij niet op de hoogte waren van het strafrechtelijke verbod (de letter van de wet bij mishandeling stelt immers niet over meisjesbesnijdenis en de strafbaarstelling via mishandeling kan dus verwarrend zijn) en omdat daarmee een ‘passender vergelding’ kan worden geboden. Hoewel gediscussieerd kan worden over de waarde van deze argumenten,⁸ valt in deze discussie wel op dat niet de grenzen van het strafrecht worden gezocht, maar vanuit bestaande beginselen wordt gezocht naar oplossingen. Het gaat er niet om meisjesbesnijdenis als een voorbeeld van premoderniteit en gebrekkige integratie te zien, maar als een strafbaar feit dat schade toebrengt aan jonge meisjes. Die schade vormt een schending van internationaal erkende mensenrechten.⁹ Dat draagt eraan bij dat de toon van het debat anders is. Een belangrijk verschil met de discussie over eerwraak is dat ook voorstanders van aparte strafbaarstelling altijd de rechten van de persoon van de dader in ogenschouw nemen. Wat zij doen is een afweging maken tussen verschillende conflicterende rechten en op basis van een beargumenteerde afweging keuzes maken. Dat de gevolgtrekking uit die keuzes niet door iedereen worden omarmd, neemt niet weg dat het debat op basis van rationele strafrechtelijke, mensenrechtelijke en morele keuzes plaatsvindt. In het debat over eerwraak zien we dit niet. Daar overheerst de emotie en die blijkt raadgever voor opvattingen die de fundamenteën van het strafrecht ondermijnen.

328. Als gezegd heeft de rechter het voortouw genomen in de discussie betreffende de vraag hoe met culturele verschillen rekening moet worden gehouden. Op basis van de vragen van het beslissingsmodel van artikel 350 Sv is aangegeven hoe door de rechter wordt omgegaan met culturele verschillen. Allereerst blijkt dat bij elk van de vragen (behalve de kwalificatievraag) mogelijkheden zijn om met de culturele achtergrond van daad en dader rekening te houden. Uit de jurisprudentie blijkt echter geen eenduidigheid. Soms worden bestanddelen van delictomschrijvingen cultuurgevoeliger uitgelegd. Dat is het geval geweest in de casus waarbij het slachtoffer onder bedreiging met een bepaalde ‘feitelijkheid’ werd verkracht. De feitelijkheid bestond eruit dat de dader haar ernstige ziekten zou geven onder invloed van voodoo. De Hoge Raad stemde in met een ruime uitleg van het bestanddeel ‘feitelijkheid’ en veroordeelde de dader.¹⁰ Een dergelijke cultuurgevoeligheid, die ten nadele van de dader uitpakt, zien we in meer casus. Bij medeplegen wordt de culturele context bijvoorbeeld wel gebruikt om de samenwerking tussen de deelnemers te construeren. Die cultuurgevoe-

⁸ Zie hoofdstuk 2, nr. 49.

⁹ Zie o.a. Kool et.al. 2005.

¹⁰ Zie HR 21 februari 1989, NJ 1989, 668, m. nt. 't H.

ligheid hoeft evenwel geen nadelig of voordelig effect te hebben. In verschillende strafzaken waar de verdachte een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond zien we dat de rechter bereid is de culturele achtergrond als oorzaak van het strafbare handelen te erkennen, maar daar verder geen gevolgen aan verbindt, omdat het handelen niet ‘redelijk’ was (dat wil veelal zeggen dat niet is voldaan aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit). In de strafmaatmotivering zien we soms uitspraken waarin bijvoorbeeld is aangegeven dat ‘terdege’ is rekening gehouden met de culturele achtergrond van de verdachte, maar de consequenties daarvan voor de hoogte van de straf niet zichtbaar zijn.¹¹ Cultuurgevoeligheid kan echter een voordelig effect hebben. Dat is bijvoorbeeld het geval geweest in de Zevenaarse bloedwraakzaak. In diverse strafzaken wordt de culturele achtergrond in voor de verdachte positieve (dat wil zeggen strafverminderende zin) meegewogen. Tenslotte kan cultuurgevoeligheid een uitdrukkelijk bedoeld nadelig effect hebben. Dat was het geval in de verkrachtingszaak maar daar was het niet de intentie om de culturele achtergrond te problematiseren. Dat is wel het geval in verschillende veelal recente strafzaken waar cultuur als strafverzwarende omstandigheid is genoemd. Rechters willen daarmee een ‘signaal naar de samenleving’ afgeven en aangeven dat dergelijke gedragingen ‘volstrekt onacceptabel’ zijn en met zware straffen wordt gehoopt op een ‘generaal preventieve’ werking van de straf.¹² Dit laatste lijkt een ontwikkeling waarvoor in de literatuur al langer wordt gewaarschuwd: cultuur als stok om de hond te slaan.¹³ In hoeverre deze tendens zich doorzet is de vraag. Hierover bestaat nog geen eenduidigheid. Hetzelfde geldt overigens ook voor de terughoudendheid om ten aanzien van de strafuitsluitingsgronden tot straffeloosheid te komen op basis van (althans mede op basis van) de culturele achtergrond van daad of verdachte. De Zevenaarse zaak blijft in dit verband een uniek geval. Tenslotte is ook de tussenoplossing (rekening houden met cultuur zonder daar gevolgen aan te verbinden) geen vanzelfsprekendheid. Niet alleen omdat de rechter de deur op een kier houdt, maar ook omdat in rechtswetenschappelijke discussies de mogelijkheid van een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond wordt opengehouden.

329. De rechtswetenschappelijke discussie kan worden gesplitst in een juridisch-dogmatische en een rechtstheoretische discussie. Hoewel beide discussies door de meeste auteurs gezamenlijk worden gevoerd, is voor de helderheid gekozen voor splitting. De juridisch-dogmatische discussie volgt het beslissingsmodel van artikel 350 Sv in haar poging aan te geven bij welke materieelrechtelijke leerstukken wel en niet rekening kan worden gehouden met culturele verschillen. Daaruit volgt aan de ene kant de erkenning dat vooral bij de strafuitsluitingsgronden en de strafmaatmotivering ruimte bestaat om met culturele verschillen rekening te houden, maar aan de andere kant onduidelijkheid hoe en hoever die ruimte moet worden geboden. Dat bij de strafuitsluitingsgronden en de strafmaatmotivering ruimte bestaat om met culturele verschillen rekening te houden volgt volgens de meeste auteurs uit de wijze waarop deze worden uitgelegd. Bij de strafuitsluitingsgronden wordt gewezen op het feit dat bijvoorbeeld noodweer en psychische overmacht een redelijkheidstoets inhouden die in ieder geval op papier de mogelijkheid biedt ook met cultuur rekening te houden. Onduidelijk is echter hoe die redelijkheidstoets moet worden uitgewerkt. De vraag is in welke mate rekening moet worden gehouden met de culturele achtergrond. Meestal wordt een

¹¹ Zie Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, *LJN* AE4636, Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, *LJN* AE4638.

¹² Zie Hoofdstuk 2, nr. 73.

¹³ Zie Wiersinga 1993, p. 545.

gematigde visie gehanteerd waarbij enerzijds wel ruimte is voor culturele verschillen, maar anderzijds altijd ruimte bestaat voor correctie, vooral wanneer het gedrag bijzonder ernstige schade aan derden oplevert en (daarmee) fundamentele mensenrechten schendt. Onduidelijkheid bestaat echter wanneer de ruimte voor culturele verschillen ophoudt en correctie mogelijk is. Het gebruik van een criteriumfiguur lijkt in dit verband weinig op te leveren, nu de discussie zich naar de inhoud daarvan verplaatst. Bij de strafmaatmotivering wordt aangegeven dat de rechter daarin een dermate grote vrijheid heeft dat ook daar de culturele factor kan worden meegewogen. Die grote vrijheid brengt wel onzekerheid nu, zoals ook uit de jurisprudentie blijkt, cultuur ook als strafverzwarende omstandigheid kan worden gebruikt. De richtlijn die Boksem en Kromdijk in dit verband hebben opgesteld lijkt op het eerste gezicht houvast te geven,¹⁴ maar is uiteindelijk te eenzijdig gericht op de dader, niet op de ernst van het feit en de rechten van het slachtoffer.

In de rechtstheorie worden een drietal thema's aan de orde gesteld. Ten eerste bestaat discussie over de verhouding tussen recht en cultuur. Recht wordt gezien als een door en door cultureel fenomeen hetgeen de relativiteit van het recht weergeeft. Die zou aanpassing van het recht met zich kunnen brengen: bij veranderende samenstelling van de samenleving veranderen ook de opvattingen over misdaad en straf. Critici hebben er echter op gewezen dat daarmee het machtskarakter van het recht over het hoofd wordt gezien. Dat machtskarakter zou met zich brengen dat het recht zich nooit aan andere culturen zal aanpassen, omdat het recht de dominante meerderheid beschermt maar niet de belangen van minderheden behartigt. Ten tweede is de vraag of discussie over cultuur wel in het recht thuishoren. Aangegeven is dat cultuur tot de private sfeer behoort en het recht zich niet met die private sfeer behoort te bemoeien. Andersom geldt dat de cultuur uit de private sfeer geen forum in de publieke sfeer heeft. Critici wijzen er echter op dat cultuur juist tot de publieke sfeer is doorgedrongen en daarin oplossingen moeten worden gezocht. Ontkenning van de plaats van cultuur in de publieke sfeer miskent de werkelijkheid. Ten derde wordt aangegeven dat de ruimte voor culturele verschillen in belangrijke mate afhangt van het concept van de democratische rechtsstaat. De keuze voor een bepaalde invulling daarvan is bepalend voor de ruimte voor culturele diversiteit.

330. Het antwoord op de eerste vraagstelling kan op grond van het voorgaande als volgt worden geformuleerd. Uit de analyse van wetgeving, jurisprudentie en rechtswetenschap blijkt dat er inderdaad rekening kan worden gehouden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte. Het antwoord op die vraag is gezien de meest recente literatuur daarover niet verwonderlijk.¹⁵ Maar dit antwoord verdient wel enige nuancering. In de eerste plaats kan weliswaar rekening worden gehouden met culturele verschillen, maar de manier waarop verschilt. Zo blijkt uit de aanpak van eerwraak dat cultuur in een zeer negatief daglicht is komen te staan. Zoals ik in hoofdstuk 6 stelde: 'The sky is the limit.'¹⁶ Om eerwraak aan te pakken is creativiteit gewenst en die maakt het mogelijk om belangrijke strafrechtelijke beginselen ter discussie te stellen. In de jurisprudentie zien we niet in die extreme mate ook een opkomende negatieve houding ten opzichte van culturele delicten. Rechters zijn minder terughoudend geworden de cultu-

¹⁴ Boksem en Kromdijk 2000, p. 9-10.

¹⁵ Zie Siesling 2006.

¹⁶ Hoofdstuk 6, nr. 296.

rele achtergrond als strafverhogend argument te gebruiken. Ook in de literatuur is de tegenstand daaromtrent verminderd. Tegelijkertijd zien we in de discussie over meisjesbesnijdenis een zorgvuldige analyse van diverse strafrechtelijke, mensenrechtelijke en morele bezwaren en worden de belangen van het leven op basis van een bepaalde cultuur afgewogen ten opzichte van andere belangen. Ook de rechter laat wel eens een dergelijke afweging zien. De opvattingen van de rechtbank te 's-Hertogenbosch in de Veghelse zaak laten bijvoorbeeld een bekommernis om de persoon van de dader zien.¹⁷ In de Zevenaarse zaak was cultuur een argument om een beroep op noodweer te honoreren en niet alle rechters gebruiken cultuur als strafverhogend argument. Er is kortom weinig houvast in wetgeving en jurisprudentie.

In de tweede plaats is de mate waarin ruimte bestaat voor culturele verschillen niet duidelijk. Dit is vooral zichtbaar bij de strafuitsluitingsgronden. Aan de ene kant wordt (voorzichtig) gesteld dat bij een beroep op de strafuitsluitingsgronden ruimte is om rekening te houden met de culturele achtergrond van de verdachte. Rechters erkennen dit ook, bijvoorbeeld bij een beroep op psychische overmacht waar druk vanuit cultuur als voor psychische overmacht relevant druk wordt aangenomen.¹⁸ Aan de andere kant wordt daaruit bij beoordeling van een beroep op psychische overmacht niet vanzelfsprekend afgeleid dat de verdachte vrijuit moet gaan. De beoordeling van psychische overmacht strandt vaak omdat het feit niet voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Alleen de Zevenaarse zaak is hierop een uitzondering geweest. Dat is op zichzelf al opvallend, omdat het hier ging om noodweer, een rechtvaardigingsgrond waardoor de wederrechtelijkheid van de gedraging wordt weggenomen. Hier lijkt een opening te worden gegeven voor verfijning van de betekenis van wederrechtelijkheid op basis van cultuur. Dit is opmerkelijk omdat de implicaties hiervan, hoezeer de beslissing uitzonderlijk was en toegesneden op de bijzondere omstandigheden van het geval, verstrekken kunnen zijn. Ten aanzien van de verhouding tussen schuld en cultuur, dat wil zeggen de vraag of cultuur zoveel handelingsvrijheid wegneemt dat geen verwijt meer kan worden gemaakt, is die vraag nooit zo verstrekkend beantwoord als bij de verhouding tussen wederrechtelijkheid en cultuur. Dat riep de vraag op in welke mate bij wederrechtelijkheid en schuld rekening kan worden gehouden met cultuur.

Ten derde wordt weliswaar rekening gehouden met cultuur maar de gronden waarop en de grenzen waarbinnen zijn niet duidelijk. Ten aanzien van de aanpak van eerwraak lijkt de creativiteit zover te gaan dat zelfs basisbeginselen van strafrecht ter discussie mogen worden gesteld. De gronden zijn daarbij ongewis, maar lijken vooral te verwijzen naar de gebrekkige integratie van allochtonen. Integratie, in de zin van aanpassing aan de dominante (Nederlandse) cultuur, lijkt de Nederlandse samenleving te moeten behoeden van ongebreideld eengerelateerd geweld afkomstig uit een pre-moderne cultuur. Achter de aanpak van eerwraak schuilt dus een ander beleid, namelijk een snelle, volledige aanpassing van allochtonen aan de Nederlandse samenleving. De vraag is of dat binnen een democratische rechtsstaat, op wiens belang tevens wordt gewezen, aanvaardbaar is. Het voorgaande leidt ertoe dat het antwoord op de eerste vraagstelling op filosofisch niveau dermate problematisch is, dat nader onderzoek nodig is. Dat onderzoek is binnen het bereik van de tweede vraagstelling behandeld.

¹⁷ Zie Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, *IJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130).

¹⁸ Zie hoofdstuk 2, nr. 68.

7.4 De tweede onderzoeksvraag, eerste deelvraag

7.4.1 *Rechtsbescherming in een multiculturele samenleving*

331. De tweede vraagstelling wil ik in deze en de volgende paragraaf behandelen. Als gezegd zal ik de eerste deelvraag in deze paragraaf behandelen, de overige twee in de volgende paragraaf. In de eerste deelvraag wordt gezocht naar de plaats van het strafrecht in een multiculturele samenleving. Die vraag was te onspecifiek om te kunnen beantwoorden en daarom is aan de hand van een verhandeling over het zogeheten cultureel verweer gezocht naar de belangrijkste thema's die voor beantwoording van deze vraag noodzakelijk zijn. Het cultureel verweer, een concept uit de Amerikaanse strafrechtelijke doctrine, is dus niet gebruikt als in het Nederlandse strafrecht in te passen leerstuk, maar als kapstok om de belangrijkste filosofische vragen over de plaats van het strafrecht in een multiculturele samenleving op te sporen. Ik onderscheidde drie vragen: over de betekenis van rechtsbescherming, over het respect voor culturele verschillen en de begrenzing daarvan en over de relativisering van juridische begrippen. Elk van de drie vragen zal ik in de volgende deelparagrafen beantwoorden. Alvorens daartoe over te gaan heb ik in hoofdstuk 3 aangegeven mijn filosofische verhandeling in te bedden in een bepaalde interpretatie van de democratische rechtsstaat. Die interpretatie gaat uit van de veronderstelling dat zij een type staat is die aan de ene kant zoveel mogelijk vrijheid aan burgers garandeert en daarmee pluriformiteit verzekert. Tegelijkertijd moet door een democratische rechtsstaat voorkomen dat de samenleving in chaos verzandt, maar verzekert zij het samenleven tussen burgers door vrijheid en gebondenheid aan een politieke gemeenschap te verenigen. Het recht is hierin voorwaarden-scheppend. Het 'dient het mogelijk te maken dat eenieder autonoom en op basis van persoonlijke ontwikkeling en ontplooiing aan de publieke zaak zou deelnemen.' Het recht heeft in deze opvatting de functie om zoveel mogelijk vrijheid mogelijk te maken en tegelijkertijd 'binnen de grenzen van zijn concepten, bemiddelend op te treden tussen de verschillende maatschappelijke machten en dat juist om absolute machtsverhoudingen onmogelijk te maken. Horizontale bemiddelingen treden in de plaats van verticale bevelen.'¹⁹

332. Dit uitgangspunt leidt voor elk van de drie uit de discussie over cultureel verweer afgeleide vragen tot bepaalde consequenties. In de eerste plaats is er geen collectief recht op cultuur in het strafrecht.²⁰ Een collectief recht betekent dat de individuele verdachte niet langer centraal staat in het strafrecht, maar dat de groep bescherming toekomt van de binnen die groep bestaande cultuur. De verdachte gebruikt het strafproces dan als forum om namens de groep waartoe hij behoort op de onrechtmatigheid van bestraffing van een cultureel delict te wijzen. Een collectief recht op cultuur betekent dat in het strafrecht zodanige rechtsbescherming moet worden geboden dat groepen niet worden belemmerd in de uitoefening van hun cultuur en daarbij horende gebruiken en tradities. Tegen deze interpretatie van rechtsbescherming zijn verschillende bezwaren gegeven. Ten eerste geeft het strafrecht geen gelegenheid het proces als forum te gebruiken. Het strafproces is een strak geregistreerde aangelegenheid waarin de verdachte nog in belangrijke mate voorwerp van onderzoek is. De gelegenheid

¹⁹ Gutwirth 1998, p. 151, 152. Deze opvatting is gebaseerd op het werk van Foqué en 't Hart naar wiens gezamenlijke en afzonderlijke werken ik in dit proefschrift verschillende keren heb verwezen.

²⁰ Zie hoofdstuk 3, nr. 161.

van debat is primair op de individuele casus gericht, niet op het tentoonstellen van bepaalde politieke opvattingen. Ten tweede is de rol van de verdachte als woordvoerder diffuus. De verdachte zal immers primair zijn eigen belang willen dienen, daarna dat van de groep. De groep staat immers niet terecht, terwijl de verdachte (al naar gelang het hem ten laste gelegde) gevangenisstraf boven het hoofd kan hangen. Woordvoerderschap kan door de verdachte dan worden gebruikt voor eigen voordeel, niet in het belang van de groep. Wanneer er vrij goedgelovig van wordt uitgegaan dat de verdachte tijdens het proces nooit strategisch (voor eigen gewin) handelt kan men bedrogen uitkomen. Daar komt bij dat niet altijd duidelijk hoeft te zijn voor welke groep wordt gepleit. Dat kan worden verklaard door de meerdere affiniteiten die individuen kunnen hebben. Daardoor is men wellicht woordvoerder, maar dan toch vooral voor zichzelf. Dat geldt overigens niet alleen voor verdachten, maar ook voor vooraanstaande leden van een groep. Het inschakelen daarvan kan voor de rechter handig zijn een algemeen beeld te krijgen van het leven binnen een bepaalde groep, maar nooit afdoende om een beeld te krijgen van het leven van de verdachte. Ten derde is het probleem van collectieve rechten dat een verkeerde relatie tussen norm en handelen wordt gegeven. Het handelen wordt aan de norm ondergeschikt gemaakt, alsof het volgen van een norm niet zozeer een automatisme is (wat het volgens Wittgenstein immers meestal is), maar dat het handelen door de norm is gedetermineerd. Het effect hiervan is dat onvoldoende aandacht wordt besteed aan de persoon van de verdachte. Hij wordt gereduceerd tot groepslid zonder eigen verantwoordelijkheid. Daarvan kan echter geen sprake zijn. Ten vierde miskennen groepsrechten veelal de dynamiek binnen groepen, vooral de problematiek van wat wel wordt genoemd ‘minderheden binnen minderheden’.²¹ Die problematiek komt in het strafrecht tot uitdrukking in slachtofferschap. Slachtoffers verdienen minstens zoveel bescherming als daders. Dat behoort tot de instrumentele taak van het recht. Bescherming door het recht is met andere woorden niet beperkt tot de bescherming van daders, maar richt zich ook op de bescherming van slachtoffers en is daardoor gekoppeld aan een effectieve op misdaadbestrijding gerichte strafrechtspleging. Dat mag niet over het hoofd worden gezien, al was het maar dat een eenzijdige nadruk op rechtsbescherming paradoxaal genoeg de bescherming tegen het recht onderbelicht maakt. De nadruk op rechtsbescherming vergeet namelijk de instrumentele kant van het recht die daardoor een eigen, buiten controle van het recht gelegen, leven gaat leiden. Het effect hiervan is dat de bescherming van culturele verschillen een beleidsmatige keuze wordt. In het licht van de ontwikkelingen van de laatste jaren omtrent de multiculturele samenleving is dat geen positief vooruitzicht. Het recht moet met andere woorden zelf in staat te zijn de ruimte van rechtsbescherming te bepalen en niet te laten afhangen van keuzes die worden beheerst door de waan van de dag. Ik kom hier in paragraaf 7.4.3 op terug.

7.4.2 *Eerste zetten naar verantwoordelijkheid*

333. In de tweede plaats betekent het respect voor culturele verschillen geen vrijblijvendheid. In de discussies over culturele verschillen in het recht wordt nogal eens gewezen op het concept tolerantie. Dit concept wordt vaak in één adem genoemd met een bepaalde wetenschappelijke en politieke houding, namelijk het relativisme.²² Daarmee verbonden houdt tolerantie vooral ‘stilzwijgendheid’ in. Dat wil zeggen dat geen inhoudelijke oordelen worden gegeven over andere culturen en daaraan zoveel

²¹ Zie Eisenberg en Spinner-Halev 2005.

²² Zie Cliteur 2001, p. 50.

mogelijk ruimte wordt gegeven om eigen normen te stellen en te handhaven. Ik heb mij tegen een dergelijke stilzwijgendheid verzet. Mijns inziens kan een democratische rechtsstaat niet zo worden opgevat dat elk gedrag mogelijk is. Tolerantie is alleen mogelijk vanuit een actieve houding. Het belang te leven op basis van een bepaalde cultuur wordt daardoor niet gerelativeerd, maar wel bruikbaar gemaakt voor een samenleving die niet bestaat uit culturen die naast elkaar leven maar met elkaar leven en moeten leven. Tolerantie mag dan ook geen vrijbrief zijn voor segregatie. De actieve houding die voorafgaand aan de beslissing bepaald gedrag te tolereren houdt in dat de ontmoeting met anderen niet wordt geschuwd, dat meningen worden gedeeld over elkaars opvattingen en dat uit deze discussie de beslissing voortvloeit in hoeverre bepaald gedrag wordt getolereerd. Uit een dergelijk actieve houding vloeit voort dat groepen elkaars normen, maar ook statelijke strafrechtsnormen, ter discussie kunnen stellen en dat herbezinning daarover mogelijk is.

Het kunnen voeren van een discussie over de inhoud van normen (en de beslissing andere normen en daaruit voortvloeiende gebruiken te tolereren) vergt van iedereen een bepaalde houding die ik in hoofdstuk 3 burgerschap heb genoemd. Burgerschap is naar mijn mening niet alleen een formeelrechtelijke positie die een mens als lid van een politieke gemeenschap heeft, maar heeft ook een concrete inhoud die moet worden waargemaakt. Burgerschap is een 'ambt' (Van Gunsteren). De inhoud van dat ambt wordt vormgegeven in het handelen van burgers met andere burgers in een publieke ruimte die wordt gekenmerkt door een grote mate van (culturele) verscheidenheid. Een belangrijke taak van burgers is die verscheidenheid te waarborgen (dat wil zeggen hun individuele vrijheden bewaken). Dat doen zij door het systeem dat die verscheidenheid moet garanderen, de democratische rechtsstaat, als burger te omarmen. Voorkomen moet worden dat de democratische rechtsstaat zelf slachtoffer wordt van die verscheidenheid die de democratische rechtsstaat wil ontmantelen. Dat vraagt om een zekere mate van assimilatie. Mijns inziens dient assimilatie zo beperkt mogelijk worden opgevat. Er dient sprake te zijn van politieke assimilatie. Zij komt neer op het omarmen van de grondslagen van het politieke bestel en kan als volgt worden omschreven. Burgers moeten de feilbaarheid van de eigen opvattingen erkennen. One-nigheid over bepaalde opvattingen moet 'redelijk' zijn, dat wil zeggen niet ontaarden in een welles-nietesspel. Burgers moeten de bereidheid tonen de inhoud van zelfs fundamentele normen ter discussie te stellen. Zij mogen in dat debat hun opvattingen met de nodige felheid verdedigen, ze mogen in dat debat alle debattrucs naar voren brengen die ze kunnen bedenken, ze mogen met andere woorden zo hard mogelijk strijden voor hun eigen gelijk, maar dat mag nooit ontaarden in het miskennen van andermans gelijkwaardige positie in het debat. Dat maakt een debat vaak niet eenvoudig en vergt van de strafrechter de kunst om zoveel mogelijk ruimte voor discussie mogelijk te maken, maar het debat ook zo te sturen dat wat wordt besproken relevant is voor de beslissing die hij moet nemen. Dat betekent dat ook de verdachte die wellicht gewend is aan een andere debatacultuur zich zal moeten schikken aan het doel van het strafproces: naar aanleiding van een proces op tegenspraak tot waarheidsvinding te komen omtrent de feiten en omstandigheden waaronder een feit is gepleegd. Dat schikken zal hem enerzijds zo min mogelijk moeten belemmeren zijn verhaal te doen, maar anderzijds zal hij zoveel mogelijk moeten worden begeleid in de wijze waarop hij zijn verhaal doet. Voorkomen moet worden dat het verhaal dat de verdachte vertelt zo slecht in de systematiek van het strafproces past, dat het niet wordt gebruikt. Dat vergt

‘aandacht van de strafrechter’²³ om zich binnen de grenzen van het strafproces zo open mogelijk op te stellen en de verdachte zo goed mogelijk te begeleiden in het volwaardig kunnen deelnemen aan het strafproces, dat wil zeggen als burger die op een bepaalde wijze aan het debat deelneemt. Want alleen dan is waarheidsvinding mogelijk maar ook het aanspreken van de verdachte op zijn daad.

7.4.3 *Het belang van het recht*

334. In de derde plaats kwam uit de discussie over cultureel verweer naar voren de vraag of de betekenis van juridische begrippen (zoals leerstukken van materieel strafrecht) moet worden uitgelegd aan de hand van de opvattingen daaromtrent in de cultuur van de verdachte. Deze relativisering van juridische begrippen wordt noodzakelijk geacht om in volle omvang rekening te kunnen houden met culturele verschillen. Respect voor cultuur kan alleen als de beoordeling van gedrag plaatsvindt vanuit de cultuur van de dader.²⁴ Ik heb hiertegen in hoofdstuk 3 bezwaar gemaakt door in te gaan op het belang van het recht. Ik ga ervan uit dat recht een ‘door en door’ cultureel fenomeen is. Recht heeft om in Montesquieu’s termen te spreken een ‘geest’, een geest die verbonden is met de waarden van een gemeenschap en daarvan niet los kan worden gedacht. Maar daarmee is het recht niet ondergeschikt aan deze waarden, nu het recht ook is verbonden met de ‘beginselen van de staatsvorm’,²⁵ in mijn geval de democratische rechtsstaat die uitgaat van een relationele rechtsopvatting die overigens nauw met Montesquieu is verbonden.²⁶

Die relationele rechtsopvatting gaat uit van twee gedachten. In de eerste plaats voert zij terug op het concept rechtsbescherming. Hiervoor is aangegeven dat rechtsbescherming niet eenzijdig moet worden opgevat. Rechtsbescherming is inderdaad bescherming van de burger tegen overmatig optreden van de strafrechtelijke overheid maar die bescherming moet op een bijzondere wijze worden opgevat. Zij is ook bedoeld de burger te beschermen tegen een omschrijving van juridische begrippen die geen interpretatie meer toelaat. Dan ontstaat wat is genoemd afbeeldingsdenken dat het gevaar met zich brengt dat burgers worden opgesloten in een bepaalde definiëring van wie zij zijn. Echter, juridische begrippen beelden nooit de werkelijkheid af. Zij zijn ficties die de mens behulpzaam zijn bij het omschrijven van de wereld om hen heen, maar kunnen nooit zijn bedoeld de wereld onveranderlijk te definiëren. De jurist gebruikt juridische begrippen om houvast te geven aan hemzelf en de burger die op basis van die begrippen weet hij wat mag en niet mag. Maar die houvast mag niet het vastklampen aan een bepaalde onveranderlijke interpretatie van een leerstuk betekenen, maar biedt altijd een tijdelijke zekerheid. Bij betwisting van de inhoud van een begrip ontstaat een nieuw debat dat kan uitmonden in een nieuwe, zij het tijdelijke, omschrijving van het begrip. De openheid die aldus ontstaat, biedt op het eerste gezicht wellicht onzekerheid, maar uiteindelijk vrijheid, vrijheid om een bepaalde visie op de werkelijkheid te betwisten, vrijheid om te zoeken naar een betere interpretatie van het begrip en daarmee vrijheid tot zelfontplooiing zonder dat de staat zich mengt in het leven dat de mens wil leiden. Voor de staat is de mens dan ook rechtssubject en als mens ongrijpbaar. Die ongrijpbaarheid wil niet zeggen dat de mens nooit bestraft kan worden, maar wel dat de straf niet zo diep mag ingrijpen dat de mens zijn mens-

²³ Zie Buruma 1996.

²⁴ Zie hoofdstuk 3, nr. 137.

²⁵ Montesquieu 1998, Boek XIX, hoofdstuk 5 (p. 117).

²⁶ Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 67-83.

zijn wordt ontnomen. Rechtssubjectiviteit garandeert met andere woorden humaniteit, doordat het de staat belet de mens zijn wil op te leggen.

Daarop voortbouwend betekent rechtsbescherming, in de zin van het open houden van juridische begrippen en het garanderen van vrijheid voor zelfontplooiing van de mens, niet dat het recht eender welke opvatting kan accepteren. Zoals gezegd verwijst het begrip geest ook naar de inbedding van het recht in een bepaalde staatsvorm, in mijn geval de democratische rechtsstaat. In hoofdstuk 3 heb ik ervoor gewaarschuwd de openheid van juridische begrippen zo uit te leggen dat elke aanpassing van het recht mogelijk is. Dit streven naar een 'rimpelloze ordening' waarin alle conflicten door continue aanpassing van het recht worden opgelost leidt tot nihilisme en is niet nodig. Een democratische rechtsstaat bestaat uit een veelzijdigheid van opvattingen die nooit tot een rimpelloze ordening zullen leiden, maar altijd wordt geconfronteerd met onenigheid, debat, beslissingen en nieuwe onenigheden. Dat hoeft geen probleem te zijn zolang de onenigheid niet met geweld gepaard gaat dat de fundamenteën van de democratische rechtsstaat niet worden ondermijnd. In plaats van het streven naar een rimpelloze ordening zal het recht in een democratische rechtsstaat altijd zo flexibel mogelijk moeten zijn. Echter, die flexibiliteit kent zijn begrenzing. Met wat de kwetsbare historiciteit van het recht is genoemd wordt aangegeven dat veranderingen in het recht alleen mogelijk zijn vanuit de bestaande systematiek van het recht. De uitdaging van de heersende leer van bijvoorbeeld leerstukken van materieel strafrecht geschiedt dus op basis van de interpretatie van de heersende leer. Aanpassing geschiedt door als het ware op de schouders van het geldend recht te staan en vandaaruit nieuwe betekenissen aan die leerstukken te geven.

335. De vraag of het strafrecht, dat is gefundeerd op de democratische rechtsstaat, cultuurgevoelig kan worden moet dus positief worden beantwoord. De democratische rechtsstaat is een type staat waarin de garantie van diversiteit een centrale opdracht is. Tegelijkertijd betekent die cultuurgevoeligheid niet het omarmen van relativisme. Het recht is in een multiculturele samenleving niet alleen bedoeld diversiteit te garanderen maar ook te begrenzen. Dat betekent ten eerste dat moet worden gestreefd naar het verenigen van opvattingen van minderheden met de interpretatie van leerstukken van materieel strafrecht. Ten tweede dient die vereniging niet vanuit een eenzijdige actie van de staat plaats te vinden, maar op basis van een debat waarin de gelijkwaardigheid van alle burgers wordt gegarandeerd. Dat debat zal ook in het strafrecht kunnen worden gevoerd, zij het binnen de grenzen van het strafproces. Daaruit volgt ten derde dat van allochtonen een zekere acceptatie van de heersende procedure normen moet worden geeist. Voorkomen moet worden dat de democratische rechtsstaat in het algemeen en het strafrecht in het bijzonder ontaardt in een kakofonie van geluiden zonder samenhang en zonder wederzijds begrip. Die acceptatie van heersende normen betekent niet dat de cultuurgevoeligheid in het recht van tijdelijke aard is. Zij is een permanent proces, alleen al vanwege aanhoudende immigratie, maar vooral omdat die acceptatie of politieke assimilatie zoveel mogelijk ruimte openlaat voor zelfontplooiing en dus voor culturele verschillen. Het strafrecht zal zich op die situatie dan ook moeten blijven instellen. Dat betekent mijns inziens bijvoorbeeld dat in de juridische opleiding, maar ook in de verschillende opleidingen die toegang bieden tot de strafrechtspraktijk, of dat nu de raio, advocatenopleiding of politie-opleiding is, meer aandacht moet worden besteed aan de culturele diversiteit van de samenleving.

7.5 De tweede en derde deelvraag

7.5.1 *Wederrechtelijkheid en burgerschap*

336. De tweede deelvraag bestaat uit drie onderdelen. In de eerste plaats is de vraag wat de verhouding is tot geschreven en ongeschreven normen van migrantenrecht in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid. In de tweede plaats is de vraag wat de bijdrage kan zijn van normen van migrantenrecht aan de concretisering van de wederrechtelijkheid. In de derde plaats is de vraag binnen welke grenzen zij mogelijk is.

In de eerste plaats wordt in de algemene discussies over de plaats van andere culturen in een multiculturele samenleving gesteld dat een samenleving dit predikaat pas verdient als het andere culturen als gelijk aan de meerderheidscultuur beschouwt. De laatste tijd is de eenstemmigheid daarover verdwenen. Culturen zijn niet gelijk en dus hoeven ze ook niet als gelijken te worden behandeld. Die gedachte wordt verfijnd door aan te geven dat de culturen van allochtonen niet gelijk zijn aan de autochtone cultuur.²⁷ Daartegen is door verschillende auteurs ingebracht dat allochtonen daardoor in een nadelige positie worden gemanoeuvreerd.²⁸ Hun positie was volgens deze auteurs al problematisch als gevolg van emigratie maar deze problemen worden versterkt wanneer zij niet als gelijken worden behandeld. Voorstanders van de bescherming van andere culturen pleiten dan ook voor een bijzondere interpretatie van gelijkheid, namelijk een materiële interpretatie. In hoofdstuk 3 en 4 heb ik aangegeven dat het in een democratische rechtsstaat niet gaat om de materiële gelijkheid van verschillende culturen. Het gaat om gelijkwaardigheid. Van gelijkwaardigheid is sprake wanneer, met respect voor het verschil dat inherent tussen personen en groepen bestaat, zij in staat worden gesteld deel te nemen aan publieke discussies waarin gemeenschappelijke normen worden gesteld. Gelijkwaardigheid vereist daarom geen steeds verder differentiërend voorkeursbeleid (het effect van materiële gelijkheid), maar de ruimte voor participatie in het publieke debat. Zij betekent ook dat iedereen die aan het debat participeert dat niet doet op basis van een gemeenschappelijk (cultureel) kader, maar op basis van de eigen unieke positie in de wereld. Die unieke positie leidt tot een 'pluraliteit van posities' op basis waarvan mensen met elkaar tot een vergelijk moeten en volgens mij ook kunnen komen vanuit verschillende gezichtspunten. Die gezichtspunten, die worden gevormd door onze unieke positie in de wereld, maken communicatie mogelijk, zij het uitdagend.

Dat geldt ook voor het strafrecht. Communicatie in het strafrecht ontstaat naar aanleiding van een door iemand gepleegd strafbaar feit. Die persoon kan als verweer aanvoeren dat het feit dat hij heeft gepleegd niet strafbaar is. Hij ontkent daarmee de wederrechtelijkheid van zijn gedraging. De discussie richt zich dan op de inhoud van de rechtsnorm die door de justitiabele zou zijn overtreden. Rechtsnormen hebben twee betekenissen. In de eerste plaats zijn rechtsnormen bevelen, uitgevaardigd door de overheid en gericht op de burger om zich op een bepaalde wijze te gedragen. Maar dit is slechts de ene helft van de medaille. In de tweede plaats houden rechtsnormen niet zozeer bevelen in, maar de inhoud van de norm wordt door burgers gezien als de enig juiste interpretatie van een rechtsnorm. Rechtsnormen moeten daarom legitiem zijn, met andere woorden burgers het idee geven dat wanneer zij moeten handelen op basis

²⁷ Zie o.a. Kymlicka 1995.

²⁸ Zie Galenkamp 1996, Walker 1997.

van een rechtsnorm zij dat vanzelfsprekend doen omdat zij haar zien als een legitieme norm. Een norm is daardoor pas legitiem wanneer zij op basis van democratische besluitvorming tot stand is gekomen. Maar ook als zij, wanneer zij eenmaal is uitgevaardigd en van kracht is, binnen de geïnstitutionaliseerde context die bijvoorbeeld in het strafprocesrecht is omschreven,²⁹ door burgers continu kan worden betwist en bijgesteld. Een rechtsnorm die in de praktijk niet kan worden bijgesteld kan een dode letter worden of zelfs de legitimiteit van de strafrechtelijke overheid aantasten wanneer deze vasthoudt aan het opsporen en vervolging van overtredingen van rechtsnormen die niemand meer legitiem acht. Nu echter juist het recht in een multiculturele samenleving het middel vormt om botsingen van culturen in goede banen te leiden, moeten er dus mogelijkheden bestaan om eenmaal uitgevaardigd recht te blijven bijstellen en actualiseren. Daaruit volgt dat het recht niet enkel een systeem van regels is, maar ook een systeem van handelingen, nu de concrete betekenis van een rechtsnorm pas in de toepassing of betwisting ervan zijn ware betekenis krijgt. Dit maakt de afhankelijkheidsrelatie tussen norm en handeling zichtbaar.

In de tweede plaats heb ik ten aanzien van de tweede vraag aangegeven dat voor de vaststelling van de vraag of het gedrag wederrechtelijk was door de rechter twee vragen moeten worden beantwoord. Ten eerste moet worden nagegaan of het gedrag in strijd is met geldende normen. Uit het voorgaande blijkt dat geldende normen niet een onveranderlijke interpretatie kennen maar kunnen veranderen wanneer de legitimiteit van de rechtsnorm wordt betwist. Toch kan niet elke betwisting van de legitimiteit met een beroep op cultuur de inhoud van een rechtsnorm veranderen. Dat heeft te maken met de betekenis van de rechtsnorm. Een rechtsnorm bestaat naar mijn mening tenminste uit twee schillen, een binnenste schil waarbij de rechtsnorm verwijst naar de morele, universele basis van de rechtsnorm. Vooral in het strafrecht, dat ernstig leed kan toevoegen, dient rechtsnormen te hebben die tenminste die morele kern hebben. Daaromheen bevindt zich een twee schil die verwijst naar de ethische, cultuurspecifieke, invulling van de rechtsnorm. Elke rechtsnorm komt tot stand in een bepaalde cultuurgemeenschap met bepaalde waarden die een voor die gemeenschap toepasselijke interpretatie van de morele norm geeft. Betwisting van die rechtsnorm op basis van culturele argumentatie (de verdachte stelt dan dat het door hem gepleegde gedrag in zijn cultuur niet wederrechtelijk is) heeft alleen betrekking op die ethische schil. Bijstelling daarvan is op basis van cultureel beïnvloede argumentatie mogelijk. De inhoud van de rechtsnorm vergroot zijn legitimiteit wanneer zij in overeenstemming is met de interpretatie van normen zoals die door allochtonen wordt voorgestaan, maar die bijstelling betekent verfijning, doordat de morele kern van de rechtsnorm onaangetaast blijft. De morele kern kan niet door cultureel beïnvloede argumentatie veranderen. Aan de ene kant maakt dit het dus mogelijk de opvattingen van allochtonen te betrekken in de discussie over de inhoud van normen, aan de andere kant mogen die opvattingen niet de morele kern van de rechtsnorm (die we bijvoorbeeld vinden in mensenrechten) aantasten.

Ten tweede moet worden vastgesteld of het gedrag in strijd is met de rol die de verdachte in een gemeenschap dient te spelen. Die rol kan op verschillende manieren worden gedacht. In hoofdstuk 4 heb ik aangegeven dat de rol die iemand speelt niet een autarke rol is binnen een bepaalde gemeenschap maar dat van burgers mag worden verwacht dat zij als burger lid zijn van de politieke gemeenschap en dat de betekenis

²⁹ Zie hoofdstuk 4, nr. 195.

van de rol afhangt van wat de gemeenschap van burgers eist. Het is verleidelijk de rol te verenigen tot de rol die men speelt ten tijde van het gepleegde delict. Het probleem is echter dat vaak niet geheel duidelijk is welke rol men nu precies speelde. Dat is zeker het geval wanneer uit het delict blijkt dat niet één rol is gespeeld maar geput is uit een combinatie van rollen. Het zou er ook toe kunnen leiden te denken dat bij het spelen van een bepaalde rol algemene eisen van burgerschap niet zouden gelden. De voetballer die op het voetbalveld een tegenstander door een sliding onderuit haalt, probeert daarmee wellicht een doelpunt te voorkomen. Tegelijkertijd, als het effect van die sliding is dat de tegenstander ernstig letsel oploopt en nooit meer zal kunnen voetballen, is het niet alleen de vraag wat van een voetballer op het voetbalveld mag worden verwacht, maar ook wat de ondergrens van betamelijkheid in het algemeen is.³⁰ Dat geldt niet alleen voor voetballers op het voetbalveld, maar ook voor artsen. Hun rol wordt door eigen tuchtrecht gecontroleerd, maar tegelijkertijd worden aan artsen minimale maatschappelijke eisen van betamelijk handelen gesteld. De uitoefening van verschillende rollen komt met andere woorden samen in burgerschap. Dat vormt de grondslag op basis waarvan burgers weten wat zij mogen en niet mogen, welke regels verder worden uitgewerkt en verbijzonderd in de uitoefening van specifieke functies of rollen. Dat geldt mijns inziens ten aanzien van functionele rollen, maar ook ten aanzien van de uitoefening van rollen binnen een bepaalde culturele groep, zoals allochtone groepen.

Het concept rol maakt het mogelijk een verbinding te maken tussen de mogelijkheid voor allochtonen om een beroep te doen op normen van migrantenrecht en de rol die zij op basis van die normen hadden te spelen enerzijds en anderzijds de verwachting die in een samenleving van burgers mag bestaan. Burgers worden daarbij niet opgevat als cultuurloze wezens. Zij handelen vanuit hun unieke positie in de wereld en de culturele achtergrond die mede die positie vorm geeft, vormt dus onderdeel van hun handelen als burger. Als burger handelen zij in het belang van de gemeenschap en in het belang van het bewaren van vrijheid. Burgers kunnen namelijk pas vanuit hun culturele achtergrond handelen als zij de vrijheid hebben om zichzelf te ontplooiën, een identiteit te vormen, met andere woorden die unieke positie vorm te geven. Die vrijheid, negatieve vrijheid genoemd, gaat altijd gepaard met positieve vrijheid, dat wil zeggen de vrijheid om als burger aan het publieke debat deel te nemen en daarin bij te dragen aan een bepaalde omschrijving van rechtsnormen waaraan zij zelf weer zijn gebonden. Positieve vrijheid betekent echter niet alleen de mogelijkheid in debat te kunnen treden, om met anderen over de vormgeving van de samenleving te communiceren. Positieve vrijheid betekent ook het blootstellen aan anderen. Dat maakt het voor de ander mogelijk om de burger aan te spreken, hem ter verantwoording te roepen voor zijn gedrag. Die aanspreekbaarheid komt juist in het strafrecht tot uitdrukking. Immers, het strafrecht is juist bedoeld mensen ter verantwoording te roepen voor gedragingen die zij hebben gepleegd. Ter verantwoording roepen betekent echter ook verantwoording kunnen afleggen.³¹ Verantwoording afleggen is de verdachte als burger serieus nemen, hem een forum te geven waarin hij – binnen de grenzen van de strafvorderlijke context – zijn versie van de feiten kan geven en de juistheid van zijn handelen naar voren kan brengen.

Dit brengt me op het derde deel van de tweede deelvraag. Binnen welke grenzen is het honoreren van een beroep op normen van migrantenrecht waarmee de weder-

³⁰ Zie Rb Breda 13 september 2006, *LJN* AY8122.

³¹ Zie hoofdstuk 4, nr. 218 e.v.

rechtelijkheid wordt betwist mogelijk? Ik heb aangegeven dat de grens allereerst ligt in de bescherming van de morele kern van de rechtsnorm. Veranderingen in de culturele samenstelling van de samenleving doen aan die morele kern niets af. Daarnaast geldt dat betwisting van wederrechtelijkheid alleen kan plaatsvinden wanneer zij in een juridische vorm is gegoten. Ik heb aangegeven dat voor acceptatie van een beroep op betwisting van de wederrechtelijkheid vereist is dat met succes een beroep kan worden gedaan op een tegennorm, een rechtvaardigingsgrond. Slechts wanneer blijkt dat de handeling een hoger belang dient dat de rechtsnorm beoogt te beschermen wordt de wederrechtelijkheid van de gedraging weggenomen. Hoezeer de concrete inhoud van die tegennorm kan veranderen, ook een tegennorm is een norm met een morele kern en een ethische schil, is rechtvaardiging van gedrag in algemene zin alleen mogelijk wanneer de burger zich niet nodeloos kwetsend of grievend heeft opgesteld en daarmee niet heeft voldaan aan eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Als burger heeft hij de plicht om de belangen van anderen te respecteren. Dat betekent dat bij de beoordeling van wederrechtelijk gedrag altijd de belangen van derden betrokken moeten worden. In geval van slachtofferschap dat niet is uitgelokt door het slachtoffer betekent dat bijvoorbeeld aan de verdachte hoge eisen mogen worden gesteld aan te geven waarom hij meent rechtvaardig te hebben gehandeld.

337. Het antwoord op de derde deelvraag luidt dan ook als volgt. Binnen de bestaande strafvorderlijke context moet de verdachte zoveel mogelijk ruimte worden geboden om de heersende interpretatie van de wederrechtelijkheid van zijn gedraging te betwisten. Rechtsnormen zijn immers pas legitieme normen als zij niet enkel een bevel zijn maar ook door burgers worden omarmd als de juiste interpretatie van de norm. Na inwerkingtreding betekent dit dat vooral in de toepassing van de rechtsnorm door onder andere de rechter betwisting van de interpretatie van de rechtsnorm plaats kan vinden. De meest geëigende plek daarvoor is het onderzoek ter terechtzitting waarin de verdachte de ruimte wordt geboden de inhoud van de norm te betwisten en aan te geven dat de inhoud moet worden aangepast, om zo in overeenstemming te zijn met de normen van de groep waartoe hij stelt te behoren. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting wordt de verdachte ook ter verantwoording geroepen. Hij wordt daarbij in staat gesteld verantwoording af te leggen. In het debat dat ontstaat over de verantwoordelijkheid heeft de verdachte de mogelijkheid om de interpretatie van de rechtsnorm te betwisten door middel van zijn normen van migrantenrecht. De rechtsnorm is met andere woorden niet onaantastbaar, maar kan ook onder invloed van ongeschreven normen worden bijgesteld. Die bijstelling is echter slechts onder voorwaarden mogelijk. Allereerst kan die bijstelling nooit de morele kern van de norm aantasten. Alleen de ethische schil rondom de morele kern kan worden aangepast, nu deze schil uitdrukking is van de interpretatie van de morele kern in een bepaalde cultuurgemeenschap. Veranderingen in de samenstelling van die cultuurgemeenschap leidt altijd tot betwisting van die ethische schil en die betwisting moet in een democratische rechtsstaat worden beantwoord. In een debat, tijdens het onderzoek ter terechtzitting, zal de verdachte dan de mogelijkheid moeten worden geboden de argumentatie te geven die inhoud geeft aan zijn betwisting van de rechtsnorm. Vervolgens is het aan de rechter om na te gaan in hoeverre die betwisting moet leiden tot verfijning van de inhoud van de rechtsnorm. Hij dient zich daarbij niet terughoudend op te stellen,³² maar

³² Zie hoofdstuk 4, nrs. 233–234.

actief te zoeken naar de achtergronden van verdachtes opvattingen. Die actieve opstelling betekent geen relativisme. De rechter mag de verdachte aanspreken op de verkeerde voorstellingen van zijn normen en bij zeer ernstige delicten (terroristische misdrijven) die normen ook als onaanvaardbaar betitelen. Verfijning van de norm is mogelijk wanneer de handeling een norm tot uitdrukking brengt die een hogere norm inhoudt. Van die hogere norm kan pas sprake zijn wanneer de gedraging aan algemene eisen van burgerschap voldoet. Daarbij geldt als algemene stelregel dat het gedrag niet nodeloos kwetstend en grievend mag zijn en niet voldoet aan algemene eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Het is aan de rechter om daaraan verder vorm te geven. In hoofdstuk 6 heb ik aangegeven dat de rechter moet waken voor een burgerschapsconceptie die te weinig ruimte laat voor diversiteit.³³ Bij de behandeling van rechtvaardigingsgronden zal hij zich dan ook flexibel moeten opstellen, waarbij hij nooit de consequenties van het handelen voor derden uit het oog mag verliezen. Zeker wanneer er slachtoffers zijn gevallen of de democratische rechtsstaat zelf wordt ondermijnd, is terughoudendheid op zijn plaats.

7.5.2 *Verwijtbaarheid en erkenning*

338. In hoofdstuk 5 is de derde deelvraag behandeld. De derde deelvraag kan in twee delen worden behandeld. Ten eerste is de vraag wat de invloed is van cultuur op het handelen. Determineert cultuur of is cultuur een fictie waarmee kan worden gespeeld? Ten tweede is de vraag, als duidelijk is wat de invloed van cultuur op het handelen is, hoe hiermee bij de beoordeling van het verwijt rekening moet worden gehouden.

In de in hoofdstuk 5 behandelde antropologische discussie over cultuur zijn drie visies op cultuur gegeven, een essentialistische, een constructivistische en een gematigd constructivistische visie. Waar de essentialistische visie de vrijheid van individuen om zelf hun leven richting te geven ernstig belemmert en mensen opsluit in een bepaalde cultuur, miskent een constructivistische visie op cultuur echter het belang dat mensen ontleenen aan het leven in groepen en de houvast, hoe tijdelijk en beperkt wellicht ook, die cultuur hen in het dagelijks leven biedt. Cultuur biedt, in termen van Geertz, primordiale bindingen die weliswaar door mensen zelf zijn gemaakt maar die zo vanzelfsprekend kunnen zijn dat zij voor mensen geborgenheid geven op een bepaalde wijze te moeten handelen. Cultuur geeft mensen dan een identiteit en vormt een antwoord op de vraag wie zij zijn. Zij plaatst mensen in een groep met andere mensen die eveneens bij die cultuur het antwoord op hun vragen zoeken. Cultuur geeft een collectieve dimensie aan de identiteit van een persoon. Het vormen van die identiteit begint bij het stellen van de vraag ‘Wie ben ik?’ Die vraag geeft aan dat er anderen moeten zijn die de ik-figuur moeten kunnen antwoorden. Een identiteit vormt zich dan ook dialogisch in de constante interactie tussen de ik-figuur en anderen met wie hij in contact komt. Doordat elk contact anders is en de ik-figuur nogal eens nieuwe mensen zal ontmoeten, zal hij zijn identiteit constant bijstellen. Een identiteit is met andere woorden nooit af, maar vormt zich in het samenspel van interacties met anderen waarin de ik-figuur het verhaal van zijn identiteit aan anderen vertelt en daarop respons krijgt waarmee hij zijn verhaal kan bijstellen en dus verder ontwikkelen. Daaruit volgt ook dat de collectieve dimensie van iemands identiteit geen vaststaand gegeven is. Het gevoel ergens bij te horen wanneer men zich verbindt met een bepaalde cultuur of groep betekent niet een overgave aan die cultuur. Ook de collectieve dimensie van

³³ Hoofdstuk 6, nrs. 310-311.

cultuur is nooit af en vormt zich eveneens in de continue interactie met anderen, zowel binnen als buiten die cultuur en blijft een identiteit uitdagen zich aan te passen aan veranderende omstandigheden. Soms zijn die aanpassingen minimaal, soms zijn ze vrij groot en vergen ze veel van het individu. Niet altijd is het individu mogelijk zich aan die veranderingen aan te passen. Dat stukt op zichzelf niet de identiteitsvorming maar is het resultaat van een beslissing, een keuze om bepaalde verhalen niet onderdeel te laten zijn van de eigen identiteit. Dat kan ertoe leiden dat men zich in bepaalde omstandigheden gebonden voelt om op bepaalde wijzen te handelen. Die gebondenheid is in principe een keuze, want terug te voeren op een (stilzwijgende) beslissing bepaalde aanpassingen in een identiteit (en daaruit voortvloeiend het handelen) niet door te voeren. Maar dat keuzemoment kan bijzonder ver achter ons liggen en stilzwijgend tot stand gekomen zijn. Op het moment dat we dan worden geconfronteerd te handelen en handelen op basis van een achteraf verkeerde norm, kan iemand strafbaar zijn. De vraag is dan, gegeven het voorgaande in hoeverre iemand een beroep kan doen op afwezigheid van het verwijt.

Dit brengt me bij de tweede vraag. In het strafrecht wordt ervan uitgegaan dat om voor bestraffing in aanmerking te komen, iemand een verwijt kan worden gemaakt: 'geen straf zonder schuld.' Schuld in de zin van verwijtbaarheid veronderstelt dat wij in vrijheid de keuze hebben kunnen maken om strafbaar te handelen. Om vast te stellen of er sprake is van een verwijt, wordt ervan uitgegaan dat onderzoek moet worden gedaan naar de persoon van de verdachte. Dat is niet altijd goed mogelijk, nu wij niet in het hoofd van de verdachte kunnen kijken en de rechter dus niet kan weten wat er ten tijde van het delict in de verdachte omging. Was er inderdaad vrijheid van handelen of werd de verdachte door bepaalde omstandigheden gedwongen zo te handelen? In het Nederlandse strafrecht is ervoor gekozen die vraag geobjectiveerd te beantwoorden. We hoeven dan niet in het hoofd van de verdachte te kijken, maar moeten nagaan in hoeverre in het normale geval een redelijke derde hetzelfde als de verdachte zou hebben gedaan. Zou die redelijke derde hetzelfde hebben gedaan, dan treft de verdachte geen verwijt. Deze opvatting is zelfs zover doorgevoerd dat onderzoek naar de persoon van de dader niet meer nodig lijkt. Het verwijt wordt steeds meer normatief bepaald. In hoofdstuk 5 heb ik aangegeven dat zelfs gegeven die normatieve beoordeling van het verwijt altijd inzicht moet bestaan in de unieke positie van de verdachte, omdat alleen dan de handeling van de verdachte kan worden begrepen. Zou die unieke positie niet worden onderzocht, dan wordt de handeling van de persoon van de verdachte ontkoppeld. Dan wordt alleen iets gezegd over de gedraging, maar niet over de persoon die de gedraging pleegde. Om inzicht te krijgen in de unieke positie van de verdachte is inzicht nodig in de identiteit van de verdachte.

Wanneer in het strafrecht onderzoek naar die unieke positie wordt veronachtzaamd, sprake is van formele vernedering. Daarvan is sprake als er institutionele belemmeringen zijn om bijvoorbeeld het onderzoek naar het verwijt te beperken en de persoon van de verdachte niet in de beoordeling mee te wegen. Formele vernedering moet worden voorkomen door een politiek van erkenning. Een politiek van erkenning houdt in het zoeken naar zoveel mogelijk ruimte voor burgers om inzicht te geven in de wijze waarop en de redenen waarom zij op een bepaalde wijze hebben gehandeld. De rechter zal binnen de formele structuren van het strafproces tijdens het strafproces zoveel mogelijk ruimte moeten bieden de verdachte zijn verhaal te vertellen. Dat verhaal moet vervolgens niet leiden tot het simpelweg omarmen van de identiteit van de verdachte als een juiste manier van leven, om daarmee een rimpelloze sa-

menleving te willen bereiken, maar vormt het begin van een debat waarin de opvattingen van de verdachte worden getoetst. Zo zal de rechter kritisch moeten onderzoeken in hoeverre de verdachte ook werkelijk niet anders had kunnen handelen. Daarnaast zal hij het handelen van verdachte moeten plaatsen in het licht van wat de samenleving van burgers mag verwachten. De belangrijkste eis in dit verband is of aannemelijk kan worden dat de verdachte de ruimte had tot reflectie. Het antwoord op die vraag zal minder dan bij de wederrechtelijkheid in algemene termen moeten worden uitgelegd. Bij schuld gaat het immers om persoonlijke schuld om de vrijheid van deze verdachte anders te kunnen handelen. Dat betekent ook dat de mogelijkheid tot reflectie weliswaar een algemene eis is, maar dat beantwoording van de vraag of er sprake was van reflectie mede in het licht van de persoon van de dader moet worden beoordeeld. Die persoon moet daarbij wel serieus worden genomen. Dat betekent een grondig onderzoek naar zijn identiteit, naar de wijze waarop hij in het dagelijks leven handelt en hoe belangrijk de normen die hij stelde te moeten volgen voor hem waren, maar ook het beoordelen van diens handelen in het licht van de belangen van anderen. Hier geldt dat hoe ernstiger de schending van de belangen van anderen, hoe meer reflectie van de verdachte mocht worden verwacht.

339. Concluderend zijn er inderdaad omstandigheden waaronder de invloed van cultuur zo sterk is dat de verdachte geen verwijt kan worden gemaakt. Op basis van cultuur te handelen betekent niet bij voorbaat onvrijheid, maar ook niet automatisch vrijheid. Voor de bepaling van schuld betekent dit ten eerste dat de rechter zich zorgvuldig moet vergewissen van de achtergronden van de persoon van de dader. Dat inzicht moet hij op een kritische manier verkrijgen. Enerzijds mag hij niet klakkeloos aannemen als de verdachte stelt dat hij niet anders kon handelen vanwege zijn cultuur, anderzijds mag hij dat verweer niet zomaar terzijde leggen. Voordat één van beide antwoorden wordt gegeven zal hij zich eerst in de persoon van de dader moeten verdiepen. Ten tweede volgt uit de aanname van onvrijheid niet dat de verdachte dan altijd straffeloos handelt. Bij de beoordeling van schuld wordt altijd uitgegaan van een zekere reflectie. Aan die reflectie wordt meer waarde gehecht naar mate het delict ernstiger is.

7.6 Uitleiding

340. Er bestaat in Nederland een lange traditie het strafrecht in termen van humaniteit uit te leggen.³⁴ Humaniteit wordt vaak opgevat als medemenselijkheid, bekommernis om de ander, ook als die ander ernstige strafbare feiten heeft gepleegd. Bij die opvatting hoort het oude adagium: 'het strafrecht zal humaan zijn of niet zijn.' De medemenselijkheid met de allochtone ander is een relatief nieuw fenomeen en lang niet zo vanzelfsprekend. De allochtone ander spreekt een andere taal, heeft andere tradities en handelt naar normen die door ons moderne westerlingen niet altijd worden begrepen. In het strafrecht is de ontmoeting met die allochtone ander, zeker als hij dader is, ook nog eens doortrokken van het besef van de soms ernstige gedraging die hij heeft gepleegd. De bereidheid medemenselijkheid te betrachten met de moeder die voor haar ogen haar dochter door haar vader (haar echtgenoot) om het leven zag worden gebracht, is vaak een grote, voor sommigen zelfs een te grote stap. Maar medemenselijkheid betekent niet het bagatelliseren van de feiten, het simpel vergeven en vergeten omdat de ander een 'zielige' ongeletterde is. Zij betekent bovenal de bereidheid de an-

³⁴ Zie Kelk 2002.

der serieus te nemen als aanspreekbaar burger. Kern van dit proefschrift is niet geweest de boodschap uit te dragen dat een moderne multiculturele samenleving de 'problematische consequenties' daarvan voor lief moet nemen, maar bestaat uit twee dingen. Allereerst, wij nemen onszelf als burgers van een democratische rechtsstaat in ontwikkeling niet serieus als wij niet de bereidheid tonen de ander met respect te bejegenen, zijn culturele achtergrond serieus te nemen en te zoeken naar mogelijkheden voor allochtonen om volwaardig burger te zijn van deze samenleving. Als wij, zoals steeds vaker wordt gezegd, trots mogen zijn op Nederland dan strekt die trots ook uit over de bereidheid culturele diversiteit te omarmen, te leren begrijpen en binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat mogelijk te maken. Daarnaast, wij nemen allochtonen pas serieus als wij hen als burgers zien, niet als vreemdelingen of als zielige mensen, die verantwoordelijkheid dragen voor het leven dat zij in deze samenleving willen leiden. Die verantwoordelijkheid brengt met zich dat zij de bereidheid moeten tonen deel te nemen aan het publieke debat, zich in de publieke ruimte manifesteren, alleen of in het verband van verenigingen, stichtingen of politieke partijen. Verantwoordelijkheid betekent ook het kunnen afleggen van verantwoording. Burgers worden geacht in vrijheid te hebben gehandeld, afgezien van enkele exceptionele omstandigheden, en die vrijheid maakt discussie mogelijk. Die discussie vindt in het strafrecht idealiter plaats op het onderzoek ter terechtzitting waar op basis van het beginsel van hoor en wederhoor ruimte is voor het aanjagen van discussie, maar ook voor het bestraffen van onrecht. Het is in die verantwoordelijkheidsstelling, in het aanspreken van allochtonen op hun positie en het uitnodigen die positie blijvend vorm te geven, waarin de humaniteit van het strafrecht gelegen is en waaraan het zal moeten blijven werken.

Samenvatting

De Nederlandse samenleving is als gevolg van aanhoudende immigratie een multiculturele samenleving geworden. In hoofdstuk 1 is aangegeven dat de daarmee gepaard gaande culturele verscheidenheid tot uitdrukking komt in gedragingen die naar Nederlands recht strafbaar zijn. Deze culturele delicten kunnen van zeer ernstige aard zijn. Zij dagen onder andere de rechter uit om te zoeken naar mogelijkheden hoe met de culturele achtergrond van dergelijke delicten en de persoon van de verdachte rekening te houden. Die uitdaging leidt tot de eerste vraagstelling:

Wordt met behulp van leerstukken van het Nederlandse materiële strafrecht getracht ruimte te vinden om rekening te houden met de culturele bepaaldheid van strafbaar gestelde gedragingen (zoals culturele delicten) en de culturele achtergrond van de persoon van de verdachte?

In deel I wordt antwoord gegeven op deze vraag. In hoofdstuk 2 is aan de hand van juridisch-empirisch, juridisch-dogmatisch en rechtstheoretisch onderzoek getracht antwoord te geven op deze vraagstelling. In de eerste plaats is aan de hand van een overzicht van activiteiten op het terrein van wetgeving aangegeven hoe over verschillende culturele delicten, meer in bijzonder eerwraak en meisjesbesnijdenis, wordt gedacht. Daarbij is aangegeven welke oplossingen worden bedacht om deze culturele delicten te bestrijden. Vooral op het terrein van eerwraak zien we daarbij de neiging om oplossingen aan te dragen die op gespannen voet staan met de heersende systematiek van het strafrecht. Op het terrein van meisjesbesnijdenis valt juist een zekere gematigdheid op. Zonder de systematiek van het strafrecht geweld aan te doen, wordt door wetenschappers aangegeven hoe het strafrecht als laatste redmiddel kan worden gebruikt om meisjesbesnijdenis tegen te gaan. Het is dit wetenschappelijke onderzoek dat als basis dient voor verder te ontwikkelen beleid.

In de tweede plaats is aan de hand van een overzicht van jurisprudentie aangegeven hoe culturele delicten in de strafrechtelijke praktijk aan de orde komen. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat geen eenduidige lijn valt te trekken in de wijze waarop de culturele achtergrond van daad en dader worden meegewogen. In sommige gevallen zien we dat cultuur een bijdrage kan leveren aan een 'snelle' bewezenverklaring, in andere gevallen kan de culturele achtergrond bijdragen aan het aannemen van een beroep op noodweer. Tevens is aangegeven dat cultuur van invloed is op de vraag of de verdachte onder druk heeft gehandeld, wat van belang kan zijn voor het aannemen van een beroep op psychische overmacht. In diverse gevallen zagen we dat cultuur een argument is voor strafverhoging, maar in andere gevallen voor strafverlaging.

Het weinig eenduidige beeld dat uit bovengenoemde weergave van de jurisprudentie volgt, lijkt in de juridische dogmatiek veel minder aan de orde. Diverse auteurs geven aan dat de heersende interpretatie van algemene leerstukken, zoals de strafuitsluitingsgronden, dermate open is dat daarin ook met culturele verschillen rekening kan worden gehouden. Waar de jurisprudentie zich beperkt tot een aantal leerstukken, worden in de literatuur meer leerstukken, vooral strafuitsluitingsgronden, in het onderzoek betrokken. Over de mate waarin rekening kan worden gehouden met cultuur verschillen de meningen. Sommige auteurs pleiten voor een meer subjectieve interpretatie van bijvoorbeeld de strafuitsluitingsgronden, zoals noodweer of psychische overmacht, waarin nadrukkelijk met de culturele achtergrond van allochtone justitiabelen rekening kan worden gehouden, andere auteurs voor een objectieve of geobjectiveer-

de interpretatie waarin het gedrag of de persoon van de verdachte aan algemene maatstaven wordt getoetst. Ook de belangen van slachtoffers kunnen in een dergelijke beoordelingsmethodiek volgens deze auteurs worden meegewogen. Daarbij wordt niet blind gevaren op de rol die cultuur in het (dagelijks) handelen van mensen speelt maar wordt de verhouding tussen cultuur en de verdachte kritisch beoordeeld.

In het rechtstheoretische onderzoek wordt naar algemene maatstaven gezocht op basis waarvan ruimte kan bestaan om rekening te houden met culturele verschillen. Daarbij wordt in de eerste plaats gekeken naar de verhouding tussen recht en cultuur. Discussie bestaat over de relativiteit van het recht: kan het recht zo open zijn dat daarin ook ruimte is voor andere culturen, of is het recht een machtsbolwerk dat de belangen van de dominante cultuur beschermt? Deze vraag wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. In de tweede plaats wordt gekeken naar de scheiding tussen de private en publieke sfeer. Sommige auteurs menen dat in het strafrecht nauwelijks ruimte kan bestaan om met culturele verschillen rekening te houden omdat burgers in de publieke sfeer niet vanuit een bepaalde culturele achtergrond mogen handelen. Andere auteurs menen dat de publieke sfeer niet zo moet worden opgevat, maar begrenzen de mogelijkheden om met cultuur rekening te houden op basis van het schadebeginsel. In de derde plaats blijkt dat in de discussies de rol van cultuur in het recht wordt beoordeeld vanuit het perspectief van de democratische rechtsstaat. Het is een zekere invulling daarvan die bepaalt of en in hoeverre met cultuur rekening kan worden gehouden.

Uit de analyse van wetgeving, jurisprudentie en doctrine (dogmatiek en rechtstheorie) blijkt dat er in het Nederlandse strafrecht wel mogelijkheden zijn om met culturele verschillen rekening te houden, maar dat betrekkelijk weinig duidelijkheid bestaat over de ruimte en de grenzen waarin de culturele achtergrond van daad en dader kan worden meegewogen. Uit de analyse blijkt dat de onduidelijkheid op drie terreinen bestaat, namelijk op de verhouding tussen recht en cultuur, de (on)mogelijkheid om bij het wederrechtelijkheidsoordeel met de normen van allochtonen rekening te houden en ten aanzien van de verhouding tussen schuld en cultuur. Om de onduidelijkheid op deze terreinen op te lossen is een rechtsfilosofisch onderzoek nodig, dat antwoord geeft op de volgende, tweede, vraagstelling:

Moeten, en zo ja op welke wijze en in hoeverre, in het licht van de democratisch rechtsstatelijke grondslag van het strafrecht, leerstukken van materieel strafrecht open worden gesteld voor culturele diversiteit in de samenleving?

Deze vraagstelling is in deel II beantwoord. Zij is in drie deelvragen gesplitst. De eerste deelvraag is in hoofdstuk 3 behandeld en luidt als volgt:

Kan het strafrecht, dat is gefundeerd op de democratische rechtsstaat, cultuurgevoelig worden en zo ja op grond waarvan en binnen welke grenzen is die culturele gevoeligheid mogelijk?

Deze deelvraag is nog vrij algemeen en verdient nadere afbakening om de centrale elementen die voor beantwoording van deze vraag nodig zijn uit te lichten. In hoofdstuk 3 is deze afbakening aan de hand van een analyse van het zogeheten cultureel verweer mogelijk gemaakt. De Amerikaanse doctrine van het cultureel verweer is in dit proefschrift niet gebruikt als in het Nederlandse strafrecht mogelijk in te voeren strafuitsluitingsgrond, maar als analytisch concept waarmee de belangrijkste thema's naar boven kunnen worden gehaald op basis waarvan de eerste deelvraag kan worden

beantwoord. Uit de analyse van de Amerikaanse discussie over cultureel verweer komen drie elementen naar voren die als handvat dienen voor het beantwoorden van de eerste deelvraag. Deze drie elementen hebben betrekking op de aard van rechtsbescherming (collectief of individueel), de ruimte en grenzen van tolerantie en de mate waarin relativisering van juridische begrippen mogelijk is. In het tweede deel van hoofdstuk 3 zijn deze elementen onderzocht. Daaruit komt naar voren dat rechtsbescherming in het strafrecht altijd op het individu moet zijn gericht. Bescherming van collectieve belangen miskent de belangen van slachtoffers, gaat voorbij aan de aard van het strafproces en leidt uiteindelijk tot minder bescherming van individuele (cultureel bepaalde) belangen dan de bescherming van collectieve belangen op het eerste gezicht zou lijken te bieden. Daarnaast moet tolerantie niet ingebed zijn in cultuurrelativisme. Tolerantie is niet hetzelfde als onverschilligheid ten opzichte van bepaalde gebruiken, maar moet worden opgevat als een deugd waarin door een actieve houding van aan elkaar gelijkwaardige betrokkenen een open debat over culturele verschillen mogelijk is en verschillende standpunten in besluitvorming worden meegewogen. Dit debat is in het strafrecht niet oneindig, maar gaat gepaard met erkenning van democratisch rechtsstatelijke grondwaarden als gelijkwaardigheid en wederkerigheid. In een democratische rechtsstaat wordt van burgers dan ook een zekere assimilatie verwacht, die politieke assimilatie is genoemd. Gedwongen opgave van de eigen culturele achtergrond is daarbij niet aan de orde, wel het verbod om de democratische rechtsstaat te ondermijnen.

Tenslotte wordt in de discussie over cultureel verweer gepleit voor relativisering van juridische begrippen. Een andere culturele achtergrond betekent aanpassing van de betekenis van juridische begrippen. Die moeten afhankelijk zijn van de inhoud die aan dat begrip in de cultuur van de verdachte wordt gegeven. Hier dreigt echter het risico van afbeeldingsdenken. Het gevaar daarvan is dat rechtsbescherming verloren dreigt te gaan, omdat de staat volledig in het leven van mensen kan ingrijpen. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat juridische begrippen contrafaktische begrippen zijn. Zij hebben weliswaar op een zeker moment een bepaalde betekenis, maar die is niet onveranderlijk in tijd en plaats. Juridische begrippen zijn open. Zij garanderen daardoor ruimte voor nieuwe invloeden op het recht. Het recht staat echter niet elke nieuwe invloed toe. Dat juridische begrippen open zijn, betekent niet dat zij weg te relativiseren zijn. De mate van beïnvloeding door andere culturen is begrensd; andere culturen vormen de constante bevraging van een bepaalde interpretatie van een leerstuk, op basis van en vanuit de heersende interpretatie van dat leerstuk. Als contrafaktische begrippen zijn juridische begrippen weliswaar open, maar de heersende interpretatie vormt het vertrekpunt van elke discussie over aanpassing van de inhoud daarvan. Dit vormt het uitgangspunt voor de beantwoording van de volgende deelvragen.

De tweede deelvraag wordt in hoofdstuk 4 behandeld en luidt als volgt:

Indien kan worden uitgegaan van de gedachte dat de democratische rechtsstaat ruimte biedt voor culturele verschillen in het recht, 1) hoe verhouden zich dan geschreven rechtsnormen en ongeschreven normen van migrantenrecht tot elkaar in het kader van de vaststelling van de wederrechtelijkheid van de normschending; 2) kunnen normen van migrantenrecht bijdragen tot een concretisering van de wederrechtelijkheid en 3) indien dit het geval is, binnen welke grenzen is concretisering mogelijk?

Bij het beantwoorden van deze vraag is inzicht gegeven in de betekenis van rechtsnormen. Rechtsnormen zijn sociale normen waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. Verfijning is in formele zin mogelijk binnen de grenzen van artikel 350 Sv. In materiele zin is verfijning mogelijk door rechtsnormen in relatie tot het handelen te zien. Daaruit volgt dat rechtsnormen pas legitiem zijn als zij in het handelen van rechtssubjecten wordt bevestigd. Wanneer in strijd met een rechtsnorm wordt gehandeld, kan die handeling wederrechtelijk zijn. Daarvan is pas sprake wanneer op basis van de rol die de verdachte speelt, kan worden aangenomen dat er sprake is van een onrechtmatige handeling. Wederrechtelijk is een handeling pas als zij in strijd is met het recht maar ook niet overeenkomstig de rol is die de verdachte speelt. In beide elementen kan binnen grenzen met culturele verschillen rekening worden gehouden. In de eerste plaats kan met culturele verschillen rekening worden gehouden zolang de kern van de rechtsnorm niet wordt aangetast. Die morele kern verschilt per rechtsnorm maar kan zijn gefundeerd op mensenrechtenbepalingen. Daarnaast bevat elke rechtsnorm ook een ethisch element. Dit vormt de gemeenschapsspecifieke invulling van een morele norm en is doorspekt met cultureel bepaalde elementen. Op dit ethische niveau is verfijning van de betekenis van een rechtsnorm met behulp van normen van migrantenrecht mogelijk. Wetgever en rechter (in aanvulling op de wetgever) hebben tot taak de veranderingen in een samenleving te laten doorwerken in het recht, zolang daarmee de morele kern van de gemeenschap, dat wil zeggen de primaire waarden van de democratische rechtsstaat, niet wordt ondermijnd. Dat betekent dat verfijning van rechtsnormen altijd moet worden afgewogen tegen de belangen van de democratische rechtsstaat die altijd voorrang hebben.

Het belang van de rol die de verdachte ten tijde van het delict speelde bij de mate waarin verfijning van rechtsnormen mogelijk is, gaat gepaard van drie uitgangspunten. Ten eerste is een rol niet cultuurloos, maar ingebed in de cultuur van de verdachte. Ten tweede is het handelen naar bepaalde culturele tradities mogelijk door de vrijheid die elk rechtssubject wordt gegarandeerd. Daarbij gaat het niet alleen om negatieve vrijheid of vrijheid 'van', maar ook om positieve vrijheid, vrijheid 'tot'. Positieve vrijheid heeft twee dimensies. Allereerst verwijst ze naar de mogelijkheid in debat te kunnen treden. Het strafproces moet zo worden opgevat dat daarin communicatie en het uitwisselen van opvattingen mogelijk is. Positieve vrijheid verwijst ten tweede ook naar de mogelijkheid in het debat aangesproken te worden. Een verdachte moet verantwoording kunnen afleggen over zijn handelen. De basis daarvoor is gelegen in de eis van betamelijkheid. Elke burger heeft zich in een samenleving naar geldende normen te gedragen. Die betamelijkheid vormt dan ook de ondergrens van de mogelijkheid om de rol van de verdachte van invloed te laten zijn op het verfijnen van rechtsnormen.

De laatste deelvraag luidt als volgt:

Kan bij de vaststelling van het individuele strafrechtelijke verwijt worden erkend dat in bepaalde situaties de invloed van deze culturele normen zo sterk is dat het volgen van die normen voor dat individu ten tijde van het plegen van een cultureel delict onvermijdelijk was en hem als gevolg daarvan geen juridisch verwijt kan worden gemaakt?

Deze deelvraag is in hoofdstuk 5 behandeld. Allereerst moet ervan worden uitgegaan dat het strafrechtelijke verwijt altijd met de persoon van de dader is verbonden. De neiging om te normativeren moet niet ten koste gaan van de noodzaak de persoon van

de dader in het onderzoek naar het aannemen van het verwijt te betrekken. Het betrekken van de persoonlijke achtergrond van de dader geschiedt vervolgens door inzicht te verkrijgen in diens identiteit. Met behulp van de identiteit van de verdachte kan worden nagegaan wat diens relatie tot de handeling en de norm waarnaar hij stelde te handelen was en in hoeverre zijn cultuur hem dermate weinig keuzevrijheid liet, dat van verwijtbaar handelen niet meer kan worden gesproken. Een identiteit moet daarbij niet worden gezien als een vaststaand gegeven. Zij heeft een dialogisch karakter. Uit dit veranderlijke karakter van identiteiten kan niet automatisch aannemelijk worden dat het handelen op basis van cultuur altijd of nooit verwijtbaar is. Daarvoor is het noodzakelijk te zoeken naar de betekenis van cultuur in het handelen. Van de drie visies op cultuur die in hoofdstuk 5 zijn behandeld, wordt de gematigd constructivistische visie als de meest juiste visie beschouwd. In een dergelijke visie op cultuur wordt ervan uitgegaan dat cultuur een door mensen gemaakt fenomeen is, maar dat mensen ook door cultuur worden gevormd. De collectieve dimensie van identiteit wordt in belangrijke mate door cultuur beïnvloed. De inhoud van deze dimensie is weliswaar gekozen, maar wanneer uit overtuiging een bepaalde inhoud wordt omarmd, kan zij ertoe leiden dat burgers niet in staat zijn zomaar afstand te nemen van de daarbij horende normen. Dat kan ertoe leiden dat van keuzevrijheid niet meer gesproken wordt. Voor de rechter is dan een belangrijke taak weggelegd. Hij heeft na te gaan of de verdachte inderdaad niet anders kon handelen en hem geen verwijt kan worden gemaakt toch strafbaar te hebben gehandeld. De noodzaak van het door de rechter uit te voeren onderzoek naar het standpunt van de verdachte vloeit voort uit het voorkomen van formele vernedering. Dat is het geval als de burger geen grip heeft op het strafproces. Grip betekent dat de verdachte de mogelijkheid heeft om actief aan het onderzoek ter terechtzitting deel te nemen en invloed te hebben op de uitkomst van de strafzaak zonder daartoe te worden belemmerd. De verdachte moet ruimte hebben in debat te treden en daartoe ook in staat te worden gesteld.

Dit vraagt om voldoende aandacht voor de identiteit van de verdachte. Daarvoor is een politiek van erkenning nodig. Erkenning moet worden gezien als een voortdurend proces waarin de deelnemers aan de strafrechtspleging alert moeten zijn op de inbreng van verdachten. Voorkomen moet worden dat vanuit een vooringenomen opvatting over identiteit en cultuur (het handelen van) een verdachte wordt beoordeeld. De rechter moet eerst kijken en luisteren, daarna pas nadenken over zijn te nemen oordeel. Deze opdracht is vierledig. Ten eerste moet de rechter kritisch blijven over de informatie die hem over de verdachte wordt aangedragen. Ten tweede moet de verdachte altijd serieus worden genomen. Ten derde zal de rol van cultuur kritisch moeten worden beoordeeld. De rechter zal bewust moeten zijn van het feit dat cultuur door mensen wordt gemaakt en door hen kan worden veranderd. Maar daarbij moet hij zich niet laten leiden door al te eenvoudige verhalen van deskundigen over cultuur of opmerkingen van de verdachte of getuigen à décharge. Erkenning vindt plaats binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat. Daarin staat burgerschap centraal. Burgers hebben verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en moet daarover kunnen reflecteren. De mogelijkheid tot reflectie is bij iedere burger anders. Daarom dient elk geval op zichzelf te staan. Burgerschap geeft alleen aan dat de rechter zich moet vergewissen van de mogelijkheid tot reflectie. Hij zal moeten nagaan of daarvan in het hem voorliggende geval sprake was.

In deel III, gevormd door hoofdstuk 6, ben ik teruggekeerd naar de strafrechtelijke dogmatiek en vanuit het in deel II geschetste theoretische kader op een aantal in

hoofdstuk 2 reeds behandelde thema's nader ingegaan. Ten eerste heb ik gewaarschuwd voor een verdergaande collectivering van aansprakelijkheid. De strafrechtelijke deelnemingsvormen bieden mijns inziens al voldoende mogelijkheden om derden te veroordelen voor een zekere mate van participatie voor, tijdens of na het strafbare feit. Voorkomen moet worden dat het strafrecht onttaardt in *Gesinnungsstrafrecht* waarbij de kern van aansprakelijkheid neerkomt op het uitdragen van een bepaalde identiteit. Gelet op hetgeen in hoofdstuk 5 over identiteiten is gezegd, moet strafrechtelijke aansprakelijkheid altijd worden toegespitst op een individuele verdachte en zijn aandeel bij het strafbare feit. Ten tweede heb ik aangegeven dat mijn theoretische verhandeling over burgerschap door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in algemene zin wordt onderstreept. Daardoor moet niet alleen ruimte bestaan voor culturele verschillen, maar die ruimte is ook altijd beperkt. Enerzijds moet worden voorkomen dat geen rekening wordt gehouden met de culturele achtergrond van de verdachte, anderzijds dienen de belangen van derden en de democratische rechtsstaat niet worden ondermijnd. Ten derde heb ik stilgestaan bij psychische overmacht. Aan de hand van de theorievorming over identiteiten is aangegeven op welke wijze bij de beoordeling van een beroep op psychische overmacht rekening kan worden gehouden met culturele verschillen. Centraal daarin staat de gedachte dat formele vernedering moet worden voorkomen. Dit betekent dat bij alle voorwaarden die moeten worden behandeld bij een beroep op psychische overmacht rekening moet worden gehouden met culturele verschillen, zonder die zo dominant te laten zijn dat het oordeel volledig wordt gesubjectieveerd. Echter, wanneer uit onderzoek kan worden aangenomen dat de verdachte – gegeven zijn identiteit – op een bepaalde wijze moest handelen, zal een beroep op psychische overmacht op enig moment moeten kunnen slagen.

In hoofdstuk 7 zijn een aantal conclusies geformuleerd. Daarin is antwoord gegeven op de twee hoofdvragen en de drie deelvragen.

Summary

Due to ongoing immigration of people to the Netherlands, Dutch society has become a multicultural society. In chapter 1, it is pointed out that the cultural diversity that accompanies immigration could lead to acts that are an offence under Dutch law. These so-called cultural offences can be serious. Among others, they challenge criminal law judges to find solutions on how to cope with the cultural background of these offences and of the offender. The question answered in this research is:

Does the Dutch criminal law attempt to create possibilities in dealing with the cultural conditioning of cultural offences and the cultural background of a defendant?

This question is answered in part I. This part contains one chapter, chapter 2, in which a legal-empirical, legal-dogmatic and legal-theoretical research is done. First, the way in which the legislator deals with cultural differences in criminal law was demonstrated in showing the activities of the Dutch legislator, mainly concerning honour-related violence and female circumcision. This shows which solutions are thought of to counteract these cultural offences. Especially in relation to honour related violence, politicians have the tendency to consider solutions that seem incompatible with the existing system of Dutch criminal law. In the field of female circumcision however, there was certain modesty; without breaking into the existing system of Dutch criminal law, scientists show how criminal law can be used to combat female circumcision. This scientific research still forms the basis for further policy.

Second, an overview of case law shows how cultural offences are dealt with in practice. In chapter 2, I concluded that no unequivocal answer can be given how judges deal with cultural offences. Sometimes, culture is used to make evidence easier, in other cases the cultural background can contribute to accepting a plea for self-defence. The cultural background of the defendant can also be of influence in answering the question whether the defendant acted under pressure, which can lead to accepting a plea for duress. In several cases, the cultural background of the crime or the defendant is an argument to impose a higher sentence, or to show (some) leniency.

The lack of unity that appears in case law is less present when analysing the ideas of scholars. Several authors state that the ruling interpretation of most doctrines of substantive criminal law, such as the justifications and excuses, is open enough that they can be used to deal with cultural differences. This is not only the case concerning the doctrines that were under discussion in the case law, but other doctrines of substantive criminal law as well. The way in which to deal with cultural differences is disputed. Some plead for a more subjective interpretation of, for example, the justifications and excuses, as a result of which judges can account for cultural differences more appropriately. Other others plead for a more objective interpretation, by which the behaviour or the personal background of the defendant can be judged by common standards. As a consequence, judges can also take the interests of victims into account. They can also critically judge the way defendants base their actions on culture.

In the legal-theoretical part of chapter 2, I describe the way in which scholars search for a more fundamental basis on which criminal law judges can deal with cultural differences. Scholars first investigate the relationship between law and culture. There is discussion about the relativity of the law. Is criminal law a bulwark of power that protects the interests of the dominant culture or can it change as a consequence of

growing multiculturalism? This question is not answered straightforward. There is also discussion about the separation of the private and public sphere. Some authors state that the criminal law should not be open for cultural differences, because people are not allowed to act on the basis of their cultural background in the public sphere. Others claim that the public sphere is not culturally neutral. They argue that to limit the way in which criminal law should deal with cultural differences should be based on the harm principle. A third group also claims that the role of culture in criminal law should be viewed from the perspective of the democratic constitutional state. The question of how to deal with cultural differences should always be embedded within its founding elements: democracy, constitutionalism, and human rights.

Summarizing the former, it appears that there are possibilities in dealing with cultural differences in Dutch criminal law, but that there is not much clarity within which limits this is possible. The analysis shows that a lack of clarity exists on three terrains: the relation between law and culture, the possibilities of taking into account the social norms of immigrants and their offspring in interpreting legal norms, and the relation between guilt and culture. To solve this lack of clarity, legal philosophical research is needed. This research tries to answer the following question:

Are doctrines of substantive criminal law, which are founded on the constitutional democratic state, open for the cultural diversity of society, and if so, in what way and between which boundaries?

This question is answered in part II of this dissertation. The question is split up in three specialised questions. The first question, which is dealt with in chapter 3, is:

Can criminal law, which is founded on the constitutional democratic state, become culturally sensitive and if so, on the basis of what and within which borders is this cultural sensitivity possible?

This question is rather common and needs further demarcation to highlight the central elements that need to be answered. Demarcation is made possible by analysing the so-called cultural defense in chapter 3. In this dissertation, the American doctrine of cultural defense is not used as a justification or excuse that needs to be introduced in Dutch criminal law, but as an analytical concept with which the central elements of the aforementioned question can be answered. These elements are: the problem of collective or individual legal protection; the meaning and boundaries of tolerance; and the extent to which interpretation of legal concepts can be totally depended on the cultural background of the defendant. These elements are discussed in the second part of chapter 3. In this part, I conclude that legal protection should always be individual, not collective. First, the protection of the interests of a group misrecognises the interests of victims, does not take into account the nature of the criminal law trial and eventually leads to a paradox: the individual defendant will be less protected than under normal circumstances. Second, tolerance should not lead to cultural relativism. Tolerance is not the same as indifference, but it is a virtue that needs an active attitude of equally involved citizens in a debate about cultural differences in which all different points of view need to be taken into account before reaching a decision. In criminal law, this debate is not infinite. The debate is also embedded in the principles of the constitutional democratic state, such as equality and reciprocity. In a democratic constitutional state, citizens are obliged to accept these principles. This is called political assimilation. Citizens are not obliged to give up their cultural background. As long as

their actions do not undermine the principles of the constitutional democratic state, they are allowed to live and act according to their cultural norms.

Third, proponents of the cultural defence plead for an interpretation of legal concepts that follows the interpretation of these concepts within the defendant's culture. The problem is that this may lead to viewing legal concepts as representation of reality. This can undermine the defendant's legal protection. Legal concepts are therefore not a representation of reality, but counterfactual concepts. They are interpreted in a certain manner on a certain moment, but are not invariable. Legal concepts have an open content. This guarantees that different ideas about norms can contribute to the development of the interpretation of legal norms. However, the open content of legal norms does not mean that any new interpretation is possible. Changing the interpretation of legal norms by other cultures is limited in time and place. Other cultures can challenge a certain interpretation of legal norms, but the dominant interpretation of a legal norm forms the starting point of every challenge. This forms the starting point for answering the next two research questions.

The second question, which is answered in chapter 4, is:

When criminal law of a democratic constitutional state can be culturally sensitive, 1) what is the relationship between written legal norms and unwritten norms of migrant law when specifying the meaning of wrongfulness; 2) can norms of migrant law contribute to concretise the meaning of wrongfulness and 3) if so, within which limits is this concretisation possible?

To answer this question, the meaning of legal norms had to be given. Legal norms are social norms that can be enforced by governmental institutions. Officially, refining the meaning of legal norms is possible within the limits of article 350 of the Code of Criminal Procedure. Substantially, refining the meaning of legal norms is possible when analysing legal norms in relation to action. From this follows that legal norms are only legitimate if they are confirmed in the action of legal subjects. If someone acts in contradiction with a legal norm, this act can be wrongful. For an act to be wrongful, judges have to take into account the role the defendant played when committing the act. An act is only wrongful if it trespasses the legal norm, but is also when it is in contradiction to the role that the defendant played when committing the act. In both elements of wrongfulness, the cultural background can play a role. First, a judge can take cultural differences into account, as long as the defendant's act was not a breach of the moral core of a legal norm. That moral core differs per legal norm, but can be based on human rights. Next to that, a legal norm also has an ethical element. This brings with it a community-specific interpretation of a legal norm and is impressed with culturally based elements. It is at this level that refinement of a legal norm is possible. The legislator, but judges as well, has the task to refine the content of the law when society changes, as long as the moral core of a community, which contains the primary values of the constitutional democratic state, is not undermined. This means that refinement of legal norms must be balanced against the interests of the democratic constitutional state which have precedence.

The cultural background can also play a role when defining the role of the defendant during the act he committed. First, this role is embedded in the culture of the defendant. Second, a person can whose actions are based on his cultural background can act in the public sphere freely. Liberty does not only mean negative liberty, but also

positive liberty. Positive liberty has two dimensions. First, it refers to the possibility to enter a debate in the public spheres with others. This means that the criminal proceedings should be constructed in a way that makes communication and the exchange of opinions possible. Second, positive liberty also refers to the possibility to be answerable in and after the debate. A defendant should be able to be called to account for his acts. The foundation for answerability is laid down in the demand of decency. Every citizen has to act according to current law in a normal situation. If the defendant wants his role to play a part in refining the meaning of wrongfulness of an act, he must have acted according to the demand of decency. I further elaborate this demand in chapter 6 and embed it in the conditions of the doctrine of self-defence.

The last question is:

When judges have to accept the individual criminal guilt in a criminal proceeding, can they recognise that in certain situations the influence of cultural norms was so strong that following these norms – when committing a cultural offence – was inevitable for the defendant and, consequently, the defendant cannot be guilty?

This question is answered in chapter 5. In the first place, guilt is always connected with a inquiry into the personal background of the defendant. This inquiry is overshadowed by the tendency to objectify, which means that the personal background is less important for accepting the presence of guilt. In chapter 5 is argued that this personal background should be taken into account when dealing with questions about guilt. This means that judges have to search for the identity of the defendant the moment he committed the criminal act. Knowing his identity makes it possible to know the role culture played at the time he committed his act, which can be of importance in determining whether the defendant acted in free will. If not, the defendant cannot be held accountable for committing his act. The identity of a person, for example a defendant, should not be seen as fixed. Identities are dialogical in character, which means that its content can change over time. Identities have an individual and a collective part. The collective part of someone's identity is connected with culture, for example. The specific interpretation of an identity leads to a certain idea of culture and with it a certain interpretation of the relationship between a person and culture. In chapter 5, three interpretations of culture are presented, of which a moderate constructivist vision on culture is viewed as the most acceptable. In this vision, culture is seen as a product of human action, which can in itself determine the way people act. Culture, therefore, can influence individual's actions, and the collectivist part of one's identity, in a penetrating way. People have chosen by what norms they want to live, what traditions they want to maintain, but when a certain content of norms is accepted, this can cause people to follow these norms in such a strict sense, that they are convinced they cannot act otherwise. This can lead to situations in which an individual does not act out of free will. The judge has to decide whether this is the case in a concrete situation. He has to investigate whether or not the defendant acted in free will and can be held guilty of committing a criminal offence. It is necessary for judges to answer this question and investigate the relationship between the defendant and his culture. This is because the criminal law has to avoid what is called formal humiliation. Formal humiliation exists when the defendant has no grip on the criminal law trial. Grip means that a defendant has the possibility to participate actively, as freely as possible in a trial without being

hampered and has some influence on the result of a criminal trial. This, as is described in chapter 5 extensively, asks for a policy of recognition.

This policy must be seen as an ongoing process within which all participants in a criminal trial should act as freely as possible. Especially the judge must prevent having a biased attitude toward the identity and culture of a defendant. Judges need to look and listen, before making decisions. This task means four things. First, every judge should remain critical of the information he receives from the defendant about his background. He must, secondly, nevertheless take the defendant always seriously. Third, a judge must be aware of the fact that cultures are made by people, and can be changed by them. On the other hand, he must not be directed by simple stories about culture given by experts or witnesses that act on behalf of the defendant. Fourth, recognition always has to take place within the boundaries of the democratic constitutional state. A person to be recognised is a citizen that has a certain responsibility toward others and the community. This means that they are normally able to reflect on their actions. The scope of this reflection differs per citizen. That leads to the conclusion that determining the guilt of a defendant can only be done by an investigation into the personal background of the defendant and the possibility of whether he was able to reflect on his actions. If not, he cannot be blamed for the criminal act he committed, even if this lack of reflection is caused by following his cultural norms uncritically.

In part III, which is comprised of chapter 6, I return to several aspects of substantive criminal law that were investigated in the legal-dogmatic research I conduct in chapter 2. In the first place I warned for a far-reaching collectivisation of criminal responsibility. The criminal forms of participation in an offence offer enough possibilities to convict third persons for their participation before, during or after the criminal act. The legislator has to prevent criminal law to degenerate into *Gesinnungsstrafrecht* where the core of responsibility is to have a certain identity. Referring to what is said about identities in chapter 5, I argue in chapter 5 that criminal liability should always be pointed at the individual. His act or his participation in the preparation, conduction or settlement of a criminal act should make him liable, not the fact that he is a member of a certain group. In the second place, the theoretical discourse on citizenship is underlined by the European Court for Human Rights. The Court underlines the importance of recognising cultural differences but stresses also the importance of limits. On the one hand, states have to prevent that citizens with different cultural backgrounds are not respected; on the other hand, the culture of those citizens should not undermine the interests of the democratic constitutional state and of other citizens. When an act clearly undermines the interests of the democratic constitutional state, the cultural background can be an argument to convict the defendant with a higher sentence than normal. In the third place, with the help of the discussion about identities and formal humiliation, I sketch the manner in which the cultural background of the defendant should be incorporated in the decision about the plea for duress. Preventing formal humiliation when dealing with duress is possible when judges do not see duress as a form of insanity and accept that the criminal act a defendant committed can be explained by his cultural background. Judges need to examine this background, his identity, thoroughly. If a judge is convicted that a defendant was not able to act otherwise, he must accept a plea for duress.

Chapter 7 contains several concluding remarks. In these remarks I answer the questions mentioned before.

Literatuur, parlementaire stukken en jurisprudentie

Literatuur

Abu-Lughod 1991

L. Abu-Lughod, *Against Culture*, in: R. Fox (red.), *Recapturing Anthropology*, Santa Fee, New Mexico: School of American Research Press 1991, p. 134-162.

Adviescommissie Vreemdelingenzaken 2005

Adviescommissie Vreemdelingenzaken, *Tot het huwelijk gedwongen. Een advies over preventieve, correctieve en repressieve maatregelen ter voorkoming van huwelijksdwang*, Den Haag 2005.

Aerts 1983

W. Aerts, *De verdediging van overtuigingsdaders*, *DD* 1983, p. 295-307.

Anderson 1996

J. Anderson, *The Personal Lives of Strong Evaluators: Identity, Pluralism, and Ontology in Charles Taylor's Value Theory*, *Constellations* 1996, p. 17-38.

Anonymous 1986

Anonymous, *The Cultural Defense in the Criminal Law*, *Harvard Law Journal*, 1986, p. 1293-1311.

Appadurai 1990

A. Appadurai, *Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy*, *Theory, Culture, and Society*, 1990, p. 295-310.

Appiah 1994

K.A. Appiah, *Identity, Authenticity, Survival*, in: A. Gutmann (red.), *Multiculturalism, Examining the Politics of Recognition*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1994, p. 149-163.

Appiah 2005

K.A. Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 2005.

Arendt 1998

H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago & London: The University of Chicago Press 1998 (heruitgave van editie uit 1958).

Australian Law Reform Commission 1990

Australian Law Reform Commission, *Multiculturalism and the Law*, Report no. 57, Canberra: Government Publishing Service 1990.

Bader 2002

V. Bader, *Culture and Identity, Contesting Constructivism*, *Ethnicities* 2001, p. 139-172.

Bal 1988

P. Bal, *Dwangkommunicatie in de rechtszaal. Een onderzoek naar de verbale interactie tussen rechter en verdachte tijdens de strafzitting van de politierechter*, diss. UvA, Arnhem: Gouda Quint.

Bal 1994

P. Bal, *Wat draagt Habermas bij tot de ontwikkeling van een discours-theorie van het straf(proces)recht?*, *Recht en kritiek* 1994, p. 152-169.

Bal 2003

P. Bal, Remoralisering van het strafrecht: een discours theoretische benadering, in: P. Bal, E. Prakken, G. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding, Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Deventer: Kluwer 2003, p. 3-31.

Ballard 2006

R. Ballard, Criminal Haven or vital financial network?, *Newsletter of the International Institute for Asian Studies* oktober 2006, p. 8-9.

Barber 2003

B. Barber, Jihad vs. McWorld, *Terrorism's Challenge to Democracy*, London: Transworld Publishers 2003.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, Politieke participatie van discriminerende partijen: ondersteunen, gedogen of bestrijden?, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 596-606.

Barry 2001

B. Barry, *Equality and Culture, An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 2001.

E. Bartels 1994

E. Bartels, Medische ethiek en rituelen van bloed, *Tijdschrift voor geneeskunde en ethiek* 1994, p. 128-133.

E. Bartels, Van der Kwaak en K. Bartels 2002

E. Bartels, A. van der Kwaak en K. Bartels, Meisjesbesnijdenis in justitieel perspectief, *Proces* 2002, p. 49-53.

K. Bartels en Haaijer 1992

K. Bartels en I. Haaijer, 's Lands wijs 's lands eer? *Vrouwenbesnijdenis en Somalische vrouwen in Nederland*, Rijswijk: Centrum Gezondheidszorg Vluchtelingen 1992.

Barth 1969

F. Barth, Introduction, in: F. Barth (ed.), *Ethnic Groups and Boundaries, The Social Organization of Culture and Difference*, Bergen, Oslo, London: Universitets Forlaget, George Allen & Unwin 1969, p. 9-38.

Bauböck 1994

R. Bauböck, *Transnational citizenship. Membership and rights in international migration*, Aldershot: Edward Elgar 1994.

Bauböck 1996

R. Bauböck, Cultural Minority Rights for Immigrants, *International Migration Review* 1996, p. 203-250.

Bauböck 1998

R. Bauböck, The Crossing and Blurring of Boundaries in International Migration. Challenges for Social and Political Theory, in: R. Bauböck and J. Rundell (red.), *Blurred Boundaries, Migration, Ethnicity, Citizenship*, Ashgate: Aldershot 1998, p. 17-52.

Baumann 1997

G. Baumann, Dominant and Demotic Discourses of Culture: Their Relevance to Multi-Ethnic Britain, in: P. Werbner & T. Modood (red.), *Debating Cultural Hybridity, Multi-Cultural Identities and Politics of Racism*, London: Zed Books 1997, p. 209-225.

Baumann 1999

G. Baumann, *The Multicultural Riddle. Rethinking National, Ethnic, and Religious Identities*, New York and London: Routledge 1999.

Uit Beijerse 2003

J. uit Beijerse, Schaking. Cultureel delict of vrouwvijandig relikwie?, *Nemesis* 2003, p. 212-214.

Van Bemmelen/Van Hattum 1954

J.M. van Bemmelen, W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel 2 (door J.M. van Bemmelen), Arnhem: Gouda Quint 1954.

Benhabib 1992

S. Benhabib, *Situating the Self, Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York: Routledge 1992.

Benhabib 1997

S. Benhabib, Democracy and Identity, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 23, 1997, p. 85-100.

Benhabib 1999

S. Benhabib, Sexual Difference and Collective Identities: The New Global Constellation, *Signs (Journal of Women in Culture and Society)* 1999, p. 335-361.

Benhabib 2002

S. Benhabib, *The Claims of Culture, Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2002.

Berlin 2002

I. Berlin, *Liberty*, Oxford, New York: Oxford University Press 2002 (heruitgave van 1969).

Bins 1980

J. Bins, Schuldbeginsel en schuldbegrip in het strafrecht, in: J.W. Fokkens, N. Keijzer, *Beginselen, Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 1-21.

Van Binsbergen 1999

W.M.J. van Binsbergen, *Culturen bestaan niet. Het onderzoek van interculturaliteit als een openbreken van vanzelfsprekendheden*, oratie Rotterdam, Rotterdam: Erasmus Universiteit 1999.

Birnbaum 1996

P. Birnbaum, From Multiculturalism to Nationalism, *Political Theory* 1996, p. 33-45.

Blekktoon 2002

R. Blekktoon, De rechter en de tolk, *Proces* 2002, p. 152-153.

Bloemink 1998

S. Bloemink, Cultureel verweer, in: G. Anders, S. Bloemink, N.F. van Manen (red.), *De onvermijdelijkheid van rechtspluralisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 53-68.

Blok en Besier 1925

A.J. Blok en L.C. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel 2, Haarlem: W.E.J. Tjeenk Willink 1925.

Boek 1999

J.M. Boek, De moraal van het opzetoordeel, in: M. Moerings, C. Pels, C. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 121-135.

Bogert 2005

P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schuldtoelating. De bijzondere strafuitsluiting in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2005.

Bohman 1995

J. Bohman, *Public Reason and Cultural Pluralism: Political Liberalism and the Problem of Moral Conflict*, Political Theory 1995, p. 253-279.

Boksem en Kromdijk 2000

J. Boksem en S. Kromdijk, Cultuurverschillen, *Proces* 2000, p. 6-10.

Bolkestein 1991

F. Bolkestein, Integratie moet met lef worden aangepakt, *de Volkskrant* 12 september 1991.

Boone 2002

M.M. Boone, *Leren diversifiëren, Reclassering en culturele diversiteit*, Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen, Libertas: Bunnik 2002.

Boonen 1996

K. Boonen, Multiculturele samenleving, bespreking diss. Y. Yesilgöz *Allah, Satan en het recht, Rechtshulp* 1996, p. 30-38.

Bos 1982

J.T.K. Bos, Het schuldordeel als machtswoord, *Recht en Kritiek* 1982, p. 5-42.

Bovenkerk 2002

F. Bovenkerk, Essay over oorzaken van allochtone criminaliteit, in: J. Lucassen en A. de Ruijter (red.), *Nederland multicultureel en pluriform?*, Amsterdam: Askant 2002, p. 209-246.

Bovenkerk 2003

F. Bovenkerk, Paniecreacties op de criminaliteit van allochtone jongeren in Australië en Nederland, in: S. Harchaoui en Ch. Huinder (red.), *Stigma: Marokkaan! Over afstoten en insluiten van een ingebeelde bevolkingsgroep*, Utrecht: Forum 2003, p. 39-62.

Bovenkerk 2006

F. Bovenkerk, Drie lessen over het criminaliseren van minderheden, in: R. Gowricharn (red.), *Falende instituties. Negen heikele kwesties in de multiculturele samenleving*, Utrecht: Forum en Uitgeverij de Graaff, 2006, pp. 89-109.

Bovenkerk en Yeşilgöz 1999

F. Bovenkerk en Y. Yeşilgöz, Multiculturaliteit in de strafrechtspleging?, *Beleid en maatschappij, tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 1999, p. 231-251.

Bovenkerk en Yeşilgöz 2003

F. Bovenkerk en Y. Yeşilgöz, Nieuwe strafrechtsproblemen in Nederland, in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yeşilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27.

Bovens 2003

M. Bovens, Cultuur als verweer, in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yesilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 137-150.

Bovens en Witteveen 1991

M. Bovens en W. Witteveen, Rechtspluralisme en gepassioneerde minderheden, in: M. Bovens (e.a.) (red.), *Heftige affaires, Absolute overwegingen in de rechtsstaat*, Amsterdam, Antwerpen: Uitgeverij L.J. Veen 1991, p. 39-53.

Brems 2003

E. Brems, Inclusieve universaliteit. Een theoretisch en methodologisch kader om inzakke mensenrechten universaliteit te verzoenen met diversiteit, *R&R* 2003, p. 139-161.

Brevli 1997

F. Brevli, 'News of the Weird': Specious Normativity and the Problem of the Cultural Defense, *Columbia Human Rights Law Review* 1997, p. 657-683.

Briggs en Mantini-Briggs 2000

C. Briggs en C. Mantini-Briggs, 'Bad Mothers' and the Threat to Civil Society: Race, Cultural Reasoning, and the Institutionalization of Social Inequality in a Venezualan Infanticide Trial, *Law & Society Inquiry* 2000, p. 299-354.

Brightman 1995

R. Brightman, Forget Culture: Replacement, Transcendence, Reflexification, *Cultural Anthropology* 1995, p. 509-546.

Brion 2004

F. Brion, Een Nederlandse eigenaardigheid. Onderzoek naar criminaliteit van allochtonen, *Tijdschrift voor Criminologie*, Jubileumuitgave 2004, p. 66-75.

Van Broeck 2001

J. Van Broeck, Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2001, p. 1-32.

Broekman 1979

J. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht*, Deel I: Antropologie, Leuven, Zwolle: Acco 1983

Bronkhorst 1985

C. Bronkhorst, Overmacht in het strafrecht. Poort tot concrete gerechtigheid, *AA* 1985, p. 663-667.

Bronnit 2007

S. Bronnit, Visions of a Multicultural Criminal Law: An Australian Perspective, in: A. Dundes Renteln en M.-C. Foblets, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural* (te verschijnen).

Brouwer 2001

P.W. Brouwer, Normatief pluralisme en de eenheid van het recht, in: N. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 31-42.

Brugman 1998

J. Brugman, *Het raadsel van de multicultuur. Essays over islam en integratie*, Amsterdam: Meulenhoff 1998.

Burkens en B.P. Vermeulen 1993

M.C. Burkens en B.P. Vermeulen. Culturele minderheden en de 'universaliteit' van de Nederlandse grondrechten, in: B. Hessel (red.), *De knikkers van het spel, Facultaire gedachten over materiële rechtvaardigheid*, Utrecht: Lemma 1993, p. 193-208.

Buruma 1996

Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, oratie Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 1998

Y. Buruma, Het schuldig subject, in: M. Borgers, I. Koopmans, F. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 1-9.

Buruma 2003

Y. Buruma, Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen, Liber Amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 71-93.

Buyse 2002

A. Buyse, Het kader ingevuld. Een tussenbalans van de implementatie van minderhedenbescherming onder het Europese Kaderverdrag, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 976-991.

Çaglar 1997

A. Çaglar, Hyphenated Identities and the Limits of 'Culture', in: T. Modood & P. Werbner (eds.), *The Politics of Multiculturalism in the New Europe*, London: Zed Books 1997, p. 169-185.

Carens 2000

J. Carens, *Culture, citizenship, and community, A contextual exploration of justice as even-handedness*, Oxford: Oxford University Press 2000.

Castells 2000

M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford: Blackwell 2000.

Chiu 1994

D. Chiu, The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism, *California Law Review*, vol. 82, 1994, p. 1053-1125.

Claes 2003a

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht, Een grondslagentheoretische benadering*, diss. Leuven, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Claes 2003b

E. Claes, Strafrecht en literatuur, *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2003, p. 124-138.

Claes en Vrielink 2006

E. Claes en J. Vrielink, Cultureel verweer en culturele trends, in: M.-C. Foblets, J. Vrielink, J. Billet (red.), *Multiculturalisme ontleed. Een staalkaart van onderzoek aan de K.U. Leuven*, Leuven: Leuven Universitaire pers 2006, p. 295-312.

Cleiren 2003

C.P.M. Cleiren, Genoegdoening aan het slachtoffer in het strafrecht, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2003-I*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-104.

Cleiren 2006

C.P.M. Cleiren, 'Aanwijzingen' voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen materieel en formeel strafrecht, in: W. Huismans, L.M. Moerings, G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht, Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 175-192.

Cleiren et.al. 2006

C.P.M. Cleiren et.al. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006.

Cliteur 1999a

P.B. Cliteur, Monocultureel of multicultureel, in: *Racisme in Nederland 1999*, met bijdragen van o.a. J. van Donselaar, K. Schuyt, P. Cliteur en A. El Manouzi, voorwoord E. Van Thijn, Amsterdam: De Balie 1999, p. 45-58.

Cliteur 1999b

P.B. Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, 2^e druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Cliteur 2001

P.B. Cliteur, Jemen in Nederland. Over het cultuurrelativisme als vermeende basis voor het multiculturalisme, in: P.B. Cliteur en V. Van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 17-64.

Cliteur 2002

P. Cliteur, *Moderne Papoea's. Dilemma's van een multiculturele samenleving*, Amsterdam Antwerpen: De Arbeiderspers 2002.

Cohen 2004

J. Cohen, Grenzen. Over de verhouding van autochtonen en migranten, in: R. Rutgers en G. Molier, *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 37-46.

Cohen Henriquez 1990

E. Cohen Henriquez, Polygamie in Nederland, *FJR* 1990, p. 170-172.

Coleman 1996

D.L. Coleman, Individualizing Justice through Multiculturalism, The Liberal's Dilemma, *Columbia Law Review* 1996, p. 1093-1167.

Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking 2005

Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, *Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, Onderbouwing advies*, Zoetermeer: Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking 2005.

Cooke 1997

M. Cooke, Authenticity and Autonomy: Taylor, Habermas, and the Politics of Recognition, *Political Theory*, vol. 25, 1997, p. 258-288.

Corstens 2005

G. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Crockett 2006

H.Y. Crockett, Cultural Defenses in Georgia: Cultural Pluralism and Justice – Can Georgia have Both?, *Georgia State University Law Review* 2006, p. 665-688.

DeBenedictis 1992

D. DeBenedictis, Judges Debate Cultural Defense, *American Bar Association Journal* 1992, p. 28.

DeGreiff 2000

P. DeGreiff, Democracy and Punishment: Deliberative Democracy and Punishment, *Buffalo Criminal Law Review* 2002, p. 373-403.

Desta 1992

A. Desta, Het gaat over ons. Vrouwen in het algemeen en Somalische vrouwen in het bijzonder, *Nemesis* 1992, p. 25-27.

Devlin 1965

P. Devlin, *The enforcement of morals*, London: Oxford University Press 1965.

Van Dijk 1995

Chr.H. van Dijk, Tolken in strafrechtelijk perspectief, *DD* 1995, p. 422-434.

Van Dijken en Nauta 1978

P. van Dijken en A. Nauta, Bloed- en eerwraak onder Turken in Nederland, *Algemeen Politieblad*, 1978, p. 227-232.

Dittrich 2003

B. Dittrich, De strafbaarstelling van vrouwenbesnijdenis, *Proces* 2003, p. 202-203.

Dolman 2005

M. Dolman, Papendrechtse strafzaken, *DD* 2005, p. 674-694.

Dolman 2006

M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, diss. UvA, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Donders 2002

Y. Donders, *Towards a Rights to Cultural Identity?*, diss. Maastricht, Antwerpen: Intersentia 2002.

Donnelly 1990

J. Donnelly, Human Rights, Individual Rights and Collective Rights, in: J. Berting et.al. (red.), *Human Rights in a Pluralist World*, Westport/London: Meckler 1990, p. 39-62.

Doomen en Ketting 1983

J. Doomen en R. Kotting, Gearrangeerde en geforceerde Turkse huwelijken, *NJB* 1983, p. 1409-1415.

Dubelaar 2006

M.J. Dubelaar, Hoe verder de de deskundige?, in: C.P.M. Cleiren et.al. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91-109.

Duff 2001

R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, New York: Oxford University Press 2001.

Duff et.al. 2006

A. Duff et.al, Introduction: Judgment and Calling to Account, in: A. Duff et.al. (red.), *The Trial on Trial. Judgment and calling to account*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 1-13.

Dumm 1994

Th. Dumm, Strangers and Liberals, *Political Theory* 1994, p. 167-175.

Dupont 1979

L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling, Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, Arnhem: Gouda Quint 1979.

Dworkin 1977

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1977.

Van Eck 2001

C. van Eck, *Door bloed gezuiverd, Eerwraak bij Turken in Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2001.

Van Eck 2002

C. van Eck, Een geval van eerwraak in Veghel (Nederland), *DD* 2002, p. 162-174.

Van den Eeckhout 2000

V. Van den Eeckhout, Aanvechting in Nederland van internationale 'gedwongen' huwelijken, *FJR* 2000, p. 141-148.

Van Eekert en Van Herck 1993

G. Van Eekert en W. van Herck, Rechters zonder wetboek: methodologische en ethische beschouwingen bij multi- en transculturalisme, in: Koen Breugelmans (eind-red.), *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen: MAKLU 1993, p. 381-402.

Eisenberg en Spinner-Halev 2005

A. Eisenberg en J. Spinner-Halev (red.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Eller en Coughlan 1994

J. Eller en R. Coughlan, The Poverty of Primordialism, *Ethnic and Racial Studies* 1993, p. 183-202.

Ellian 2003

A. Ellian, Van Janmaat tot El Moumni, De verhouding tussen gewone en heilige meningen, *Justitiële Verkenningen* 2003, p. 26-36.

Ellian 2006

A. Ellian, *Sociale cohesie en islamitisch terrorisme*, oratie Leiden, Leiden 2006.

Elster 1989

J. Elster, *The Cement Society*, Cambridge: Cambridge University Press 1989.

Engelman 1998

I. Engelman, Ongelijke gevallen, gelijk behandelen?, *Proces* 1998, p. 5-10.

Enschedé 1983

Ch. J. Enschedé, De ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader, in: E. André de la Porte et.al. (red.), *Bij deze stand van zaken, Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 81-85.

Enschedé/Bosch 2005

Ch. Enschedé, *Beginnelen van strafrecht*, (bewerkt door mr. M. Bosch), Deventer: Kluwer 2005.

Entzinger 1984

H.B. Entzinger, *Het minderhedenbeleid. Dilemma's voor de overheid in Nederland en zes andere immigratielanden in Europa*, diss. Leiden, Meppel Amsterdam: Boom 1984.

Entzinger 1994

H. Entzinger, Shifting Paradigms, An Appraisal of Immigration in the Netherlands, in: H. Fassmann and R. Münz (red.), *European migration in the late twentieth century: historical patterns, actual trends, and social implications*, Aldershot: Edward Elger 1994, p. 93-112.

Evans 2001

C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Evans Pritchard en Renteln 1994

D. Evans Pritchard & A. Dundes Renteln, The Interpretation and Distortion of Culture, A Hmong 'Marriage by Capture' Case in Fresno, California, in: *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 4, 1994, p. 1-48.

Feinberg 1970

J. Feinberg, The Expressive Function of Punishment, in: J. Feinberg, *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Punishment*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1970, p. 95-118.

Fenton 2003

S. Fenton, *Ethnicity*, Cambridge, Oxford, Malden: Polity 2003.

Fermin 1999

A. Fermin, Inburgeringsbeleid en burgerschap, *Migrantenstudies* 1999, p. 96-112.

Ferwerda en Van Leiden 2005

H.B. Ferwerda en I. van Leiden, *Eervraak of eerderelateerd geweld? Naar een werkdefinitie*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC.

Feys 1999

J. Feys, Ethniciteit en criminaliteitsonderzoek. Enkele bedenkingen bij de mogelijkheid van onderzoek naar de relatie tussen allochtonen en criminaliteit, *Panopticon* 1999, p. 510-522.

Fischer 1998

M. Fischer, The Human Rights Implications of A 'Cultural Defense', *Southern California Inter-disciplinary Law Journal*, vol. 6, 1998, p. 663-702.

Flinterman 1990

C. Flinterman, Three generations of human rights, in: J. Berting et.al. (red.), *Human Rights in a Pluralist World*, Westport/London: Meckler 1990, p. 75-81.

Foblets 1992

M.-C. Foblets, De Parijse besnijdenis-processen: Franse rechters in het 'beschavings-offensief', in: J. Fiselier en F. Stribosch (red.), *Cultuur en delict*, Den Haag: Vuga uitgeverij 1992, p. 106-119.

Foblets 1998

M.-C. Foblets, Cultural Delicts: The Repercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections on the Contribution of Legal Anthropology to a Contemporary Debate, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1998, p. 187-207.

Foblets 2002

M.-C. Foblets, Recht als cultuur, cultuur als recht. Denkpistes voor de multiculturele samenleving, *Proces* 2002, p. 35-39.

Fokkema en C. Huisman 2004

T. Fokkema en C. Huisman, De strijd tegen vrouwenbesnijdenis, *DEMOS* 2004, p. 12-16

Fokkema, C. Huisman en Smidtman 2000

C.M. Fokkema, C.C. Huisman en N. Smidtman, Vrouwenbesnijdenis. Grote gezondheidsrisico's, *DEMOS* 2000, p. 44-48.

Fokkens 2005

J.W. Fokkens, De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces, in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (liber amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 139-149.

Foqué 1987

R. Foqué, Het belang van het recht. Ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie, in: E. Brugmans en J. Elders (red.), *Recht en legitimiteit*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 35-95.

Foqué 1986

R. Foqué, Over de kwetsbare historiciteit van het recht, *R&R* 1986, p. 1-7.

Foqué 1992

R. Foqué, *De ruimte van het recht*, oratie Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Foqué 1993

R. Foqué, Rechtsstatelijke vernieuwing. Een rechtsfilosofisch essay, in: P. Kuypers, R. Foqué, P. Frissen, *De lege plek van de macht, Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, De Balie: Amsterdam 1993, p. 18-44.

Foqué 1995

R. Foqué, Het recht van de verscheidenheid, in: Chr. de Vries, K. Schuyt (red.), *De open samenleving en haar vrienden, In discussie met Jan Glastra van Loon*, Meppel: Boom 1995, p. 145-169.

Foqué 1996

R. Foqué, Vertrouwen in de rechtsstaat. Democratische participatie en rechtsstatelijkheid als ethische ervaring, *Ethische perspectieven* 1996, p. 115-125.

Foqué 2001

R. Foqué, Samenhang en tegenhang in twee decennia strafrechtstheorie, *Panopticon* 2001, p. 123-140.

Foqué 2005

R. Foqué, Kwetsbaarheid aan het woord brengen. Tegen strafrechtelijk instrumentalisme, in: F. Verbruggen et.al. (red.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, volume II, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 1123-1142.

Foqué 2006

R. Foqué, Gematigdheid en rechtsstatelijkheid. De actualiteit van Montesquieu's erfgoed, *Trema* 2006, p. 97-106

Foqué en 't Hart 1990

R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Foqué en 't Hart 1996

R. Foqué en A.C. 't Hart, Denken en doen, in: C.H. Brants, C. Kelk, M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 27-35.

Foqué en Zijderveld 1999

R. Foqué en A. Zijderveld, De kwetsbare rechtsstaat; over de ruimte van recht en macht in een pluralistische cultuur, in: P.W. Brouwer et.al. (red.), *Drie dimensies van recht, rechtstheorie, rechtsgelijkheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 11-33.

Fokkens 2005

J.W. Fokkens, De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces, in: A. Harteveld, D.H. de Jong, E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Liber Amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishing 2005, p. 139-149.

Fournier 2002

P. Fournier, The Gettoisation of Difference in Canada. 'Rape by Culture' and the Danger of a Cultural Defense' in Criminal Law Trials, *Manitoba Law Journal* 2002, p. 81-119.

Franken 2004

A.A. Franken, *Voor de vorm*, Oratie Utrecht, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

Fraser 2000

N. Fraser, Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics, *New Left Review* 2000, p. 107-120.

Fraser 2003

N. Fraser, Social Justice in the Age of Identity Politics, in: N. Fraser and A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, London, New York: Verso 2003, p. 7-109.

Freeman 1993

M. Freeman, Are there Collective Human Rights?, *Political Studies* 1993, p. 25-40.

Friedman 1997

J. Friedman, Global Crises, the Struggle for Cultural Identity and Intellectual Porkbarrelling: Cosmopolitans versus Locals, Ethnic and Nationals in an Era of De-hegemonisation, in: P. Werbner en T. Modood (red.), *Debating Cultural Hybridity. Multi-Cultural Identities and the Politics of Anti-Racism*, London: Zed Books 1997, p. 70-89.

Galenkamp 1994

M. Galenkamp, Afbeelding of artefact? Over de rol van juridische begrippen, *R&R* 1994, p. 11-37.

Galenkamp 1996

M. Galenkamp, Speciale rechten voor minderheden? Een commentaar op Kymlicka's Multicultural Citizenship, *Recht en Kritiek* 1996, 202-224.

Galenkamp 1998a

M. Galenkamp, *Individualism versus collectivism. The concept of collective rights*, Rotterdam: Sanders Instituut, Gouda Quint 1998.

Galenkamp 1998b

M. Galenkamp, Minderheden en hun praktijken. Ruimte en grenzen van liberale tolerantie, in: *Filosofie & Praktijk*, jrg. 19, 1998, p. 1-19.

Galenkamp 1998c

M. Galenkamp, Van 'non-discriminatie' naar 'eigen identiteit'. Trends in het multiculturalismedebat, *Beleid en Maatschappij* 1998, p. 40-50.

Galenkamp 2001

M. Galenkamp, Culturele diversiteit in het recht, in: P. Cliteur & V. Van den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 383-396.

Galenkamp 2002a

M. Galenkamp, De multiculturele samenleving in het geding; op zoek naar fundamenteën, *Justitiële Verkenningen* 2002, p. 75-84.

Galenkamp 2002b

M. Galenkamp, Tolerantie in de strafrechtspleging: Is er ruimte voor een cultureel verweer?, in: M. ten Hooven (red.), *De lege tolerantie, Over vrijheid en vrijblijvendheid in Nederland*, Amsterdam: Boom 2002, p. 183-193.

Galenkamp 2005

Marlies Galenkamp, Religieuze overtuigingen en het discriminatieverbod. Enkele bedenkingen bij het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid, *Trema*, Special 2005, p. 251-256.

Galenkamp 2006

M. Galenkamp, De grenzen van de godsdienstvrijheid in de Nederlandse discussie, in: E. Brems, R. Stokx (red.), *Recht en minderheden, De ene diversiteit is de andere niet*, Tegenspraak cahiers 26, Brugge: Die Keure 2006, p. 151-165.

Galenkamp en Ten Voorde 2002

M. Galenkamp en J. ten Voorde, Culturele achtergronden in de strafrechtspleging, Op zoek naar de juiste onderzoeksvragen, *Proces* 2002, p. 42-46.

Galenkamp en Westrik 2004

M. Galenkamp, R. Westrik, Naar een nieuw burennrecht. Grondrechten in een pluri-forme samenleving, *NJB* 2004, p. 67.

Gallin 1994

A. Gallin, The Cultural Defense, Undermining the Policies against Domestic Violence, *Boston College Law Review* 1994, p. 723-745.

Gans 1979

H. Gans, Symbolic Ethnicity, The Future of Ethnic Groups and Cultures in America, in: H. Gans et.al. (red.), *On the Making of Americans, Essays in Honor of David Riesman*, Philadelphia: University of Philadelphia Press 1979, p. 193-220.

Garssen, Nicholaas en Sprangers 2005

J. Garssen, H. Nicholaas, A. Sprangers, *Demografie van de allochtonen in Nederland*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2005.

Geertz 1983

C. Geertz, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York: Basic Books 1983.

Geertz 2000

C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York: Basic Books 2000 (oorspronkelijk 1973).

Van Gemert 1998

F. van Gemert, *Ieder voor zich. Kansen, cultuur en criminaliteit van Marokkaanse jongens*, Amsterdam: Het Spinhuis 1998.

Gilbert 2002

G. Gilbert, The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* 2002, p. 736-780.

Glastra van Loon 1980

J.F. Glastra van Loon, Recht en menselijke natuur, in: J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Meppel, Amsterdam: Boom 1980, p. 36-56.

Glastra van Loon 1985

J.F. Glastra van Loon, Norm en handeling. Hoe regelen wij ons handelen, *Ars Aequi* 1985, p. 697-704.

Glastra van Loon 1987

J. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering van de sociale wetenschappen*, Groningen: Wolters Noordhof 1987 (oorspronkelijke uitgave 1956).

Glastra van Loon 1994

J.F. Glastra van Loon, Over tolerantie, in: J.F. Glastra van Loon, *Mensenwerk, Levensbeschouwelijke verkenningen van een humanist*, Boom: Amsterdam 1994, p. 63-74.

Goldstein 1994

T. Goldstein, Cultural Conflicts in Court. Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a 'Cultural Defense'?, *Dickenson Law Review* 1994, p. 141-168.

Gomez 1994

P. Gomez, The Dilemma of Difference: Race as a Sentencing Factor, *Golden Gate University Law Review* 1994, p. 357-386.

Goppel 1973

J. Goppel, De subsocialiteit van Vrij, *DD* 1973, p. 480-489.

Gowricharn 2002

R. Gowricharn, *Het omstreden paradijs. Over multiculturaliteit en sociale cohesie*, oratie Tilburg, Utrecht: Forum 2002.

Gowricharn 2006

R. Gowricharn, Inleiding: De multiculturele samenleving. Van kritiek zonder context naar een redelijk debat, in: R. Gowricharn (red.), *Falende instituties. Negen heikele kwesties in de multiculturele samenleving*, Utrecht: Forum 2006, p. 9-15.

Groenhuijsen 1989

M.S. Groenhuijsen, Schuld en boete. Een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid, in: M.A.P. Bovens, C.J.M. Schuyt, W.J. Witteveen (red.), *Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit. Verantwoording in publiek recht, politiek en maatschappij*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 43-62.

Groenhuijsen 1992

M.S. Groenhuijsen, Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht, in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder, J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken, Beschouwingen n.a.v. de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p.1-20.

Groenhuisen 1993

M.S. Groenhuijsen, Het post-Hauschildt-tijdperk in de Nederlandse strafrechtspleging, *DD* 1993, p. 1021-1025.

Günther 1991

K. Günther, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: H. Jüng, H. Müller-Dietz, U. Neumann (red.), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1991, p. 205-217.

Van Gunsteren e.a. 1992

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, publicatie vervaardigd onder leiding van H. van Gunsteren, *Eigentijds burgerschap*, Den Haag: Sdu 1992.

Van Gunsteren 1998

H. Van Gunsteren, *A Theory of Citizenship, Organizing Plurality in Contemporary Democracies*, Boulder, Colorado, Oxford: Westview Press 1998.

Gutmann 1993

A. Gutmann, The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics, *Philosophy and Public Affairs* 1993, p. 171–206.

Gutmann 2003

A. Gutmann, *Identity in Democracy*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2003.

Gutwirth 1995

S. Gutwirth, Het harlekijnspak en het vale ezelsvel, Individuele vrijheden in de greep van het recht op zelfbeschikking van volken, het nationalisme en andere aanspraken op een collectieve identiteit, in: N. Sybesma-Knol en J. van Bellingen (red.), *Naar een nieuwe interpretatie van het Recht op Zelfbeschikking*, Brussel: VUB Press 1995, p. 53–88.

Gutwirth 1998

S. Gutwirth, De polyfonie van de democratische rechtsstaat, in: M. Elchardus (red.), *Wantrouwen en onbehagen*, Brussel: VUB Press 1998, p. 137–193.

Gutwirth en De Hert 2002

S. Gutwirth en P. De Hert, Grondslagentheoretische variaties van de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en *restorative justice*, in: K. Boonen, C. Cleiren, R. Focu   en Th. de Roos (red.), *De weging van 't Hart, Idealen, waarde en taken van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 121–170.

Habermas 1988

J. Habermas, *Recht en moraal. Twee voordrachten*, Kampen: Kok Agora 1988.

Habermas 1987

J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, vol. 2, Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason, transl. Th. McCarthy, Boston: Beacon Press 1987.

Habermas 1992

J. Habermas, Individuation through socialization, in: id., *Postmetaphysical Thinking*, transl. M. Hohengarten, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1992, p. 149–204.

Habermas 1996a

J. Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, transl. W. Rehg, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1996.

Habermas 1996b

J. Habermas, Three Normative Models of Democracy, in: S. Benhabib (eds.), *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1996, p. 21–30.

Habermas 1998

J. Habermas, *The Inclusion of the Other, Studies in Political Theory*, eds. C. Cronin and P. de Creiff, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1998.

Haentjens en Haffmans 1981

R. Haentjens, Ch. Haffmans, Overmacht in het strafrecht nader beschouwd, in: *DD* 1981, p. 816-834.

Hall 1980

S. Hall, Cultural Studies: Two Paradigms, *Media, Culture and Society* 1980, p. 57-72.

Hall 1991

S. Hall, The Local and the Global: Globalization and Ethnicity, in: A.D. King (red.), *Culture, Globalization and the World System. Contemporary Conditions for the Representation of Identity*, Houndsmills, London: Macmillan 1991, p. 19-39.

Van Hamel/Van Dijk 1927

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bew. door J.V. van Dijk, Haarlem: Bohm 1927.

Hanf 1995

T. Hanf, Ethnurg: on the analytical use and normative abuse of the concept of 'ethnic identity', in: K. von Benda-Beckmann & M. Verkuyten (eds.), *Cultural Identity and Development in Europe*, London: London University Press 1995, p. 40-52.

Hannerz 1992

U. Hannerz, *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning*, New York: Columbia University Press 1992.

Harchaoui en Siesling 2002

S. Harchaoui en M. Siesling, Openbaarheid en de multiculturele strafrechtspleging, in: A. Beijer, C. Brants, L. van Lent, C. Pelser (red.), *Openbare strafrechtspleging*, Kluwer: Deventer 2002, p. 181-198.

Harchaoui en Huinder 2003

S. Harchaoui en Chr. Huinder, Inleiding op Stigma: Marokkaan!, in: idem (red.), *Stigma: Marokkaan, Over afstoken en insluiten van een ingebeelde bevolkingsgroep*, Utrecht: Forum 2003, p. 7-22.

Harcourt 1999

B. Harcourt, The Collapse of the Harm Principle, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1999, p. 109-194.

Harms 1996

T. Harms, Recht in een multiculturele samenleving, *Openbaar bestuur* 1996, p. 33-36.

Harrison 1976

G. Harrison, Relativism and Tolerance, *Ethics* 1976, p. 122-135.

't Hart 1983

A.C. 't Hart, Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur, in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid, essays*, H. de Doelder, S. Hien Ong (red.), Leuven: Acco 1983, p. 413-470.

't Hart 1991

A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus, Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1991.

't Hart 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving, Een verkenning*, Deventer: Gouda Quint 1994.

't Hart 1995

A.C. 't Hart, *Mensenwerk?*, *Over rechtsbegrip en het mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, mededelingen Koninklijke Nederlandsche Academie van Wetenschappen, Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgevers maatschappij 1995.

't Hart 1997

A.C. 't Hart, Rechtsbegrip en multiculturele samenleving, in: A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht, Essays en annotaties*, Den Haag: Sdu 1997, p. 293-312.

't Hart 2001

A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten!*, *Over strafrecht, Openbaar Ministerie en Multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Den Hartogh 1998

G.A. den Hartogh, Een martelaarskroontje voor Van Dijke, *NJB* 1998, p. 2017-2020.

Hasselo 1980

Th.H.F.P. Hasselo, Sociaal-culturele achtergronden van de Turken, *Proces* 1980, p. 139-147.

Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996

J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Ter Heide 1965

J. ter Heide, *Vrijheid, over de zin van de straf*, diss. Leiden, Den Haag: Bakker/Daamen 1965

Ter Heide 1970

J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische benadering*, oratie Rotterdam, Amsterdam, Brussel: Agon Elsevier 1970.

De Hert en Gutwirth 2005a

P. De Hert en S. Gutwirth, Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpmetafoor getoetst aan hedendaagse Europese mensenrechten, in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 141-175.

De Hert en Gutwirth 2005b

P. De Hert en S. Gutwirth, Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen! De strafbaarstelling als positieve staatsverplichting, in: in: F. Verbruggen et.al. (red.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, volume II, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 729-755.

Van den Heuvel 2005

R. van den Heuvel, Reactie op 'De berechting van culturele delicten en de flexibiliteit van het strafrecht', in: *Ars Aequi*, jrg. 54, 2005, p. 252.

Hielkema 1996

J. Hielkema, *Deskundigen in strafzaken*, Den Haag: Sdu 1996

Hildebrandt 1998

M. Hildebrandt, Slachtofferschap en de legitimatie van het strafrecht, *R&R* 1998, p. 39-54.

Hildebrandt 2001

M. Hildebrandt, Punitieve handhaving en sociale cohesie in een multiculturele samenleving, in: P. Cliteur & V. Van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 303-331.

Hildebrandt 2002

M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel, Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken*, diss. EUR, Deventer Kluwer 2002.

Hildebrandt 2006

M. Hildebrandt, Trial and 'Fair Trial': From Peer to Subject to Citizen, in: A. Duff et.al. (red.), *The Trial on Trial. Judgment and Calling to Account*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 15-36.

Hingham 1993

J. Hingham, Multiculturalism en Universalism: A History and Critique, *American Quarterly* 1993, p. 195-219.

Hirsch Ballin 1993

E. Hirsch Ballin, De positie van minderheden in ons rechtsbestel, in: N.J.H. Huls & H.D. Stout, *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 21-30.

Hirsi Ali 2002

A. Hirsi Ali, *De zoontjesfabriek. Over vrouwen, islam en integratie*, Amsterdam: Augustus 2002.

Hoefnagels 1987

G.P. Hoefnagels, *Rituelen ter zitting. Een voorstudie van emoties, attitudes en interacties tijdens het strafproces ter terechtzitting*, Deventer: Kluwer 1987.

Holland 1989

W.A. Holland, *Gewetensbezwaren en strafuitsluitingsgronden*, diss. Nijmegen, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Holmquist 1997

K. Holmquist, Cultural Defense or False Stereotype? What Happens When Latina Defendants Collide with the Federal Sentencing Guidelines?, *Berkely Women's Law Journal* 1997, p. 45-72.

Honig 1999

B. Honig, My Culture made Me do It, in: J. Cohen, M. Howard, M. Nussbaum (red.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton: Princeton University Press 1999, p. 35-40.

Honneth 1996

A. Honneth, *The Struggle for Recognition, The Moral Grammar of Social Conflicts*, transl. J. Anderson, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1996.

W. Huisman 1995

W. Huisman, Culturele delicten, *Proces* 1995, p. 80-88.

De Hullu 1993

J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, oratie Tilburg, Arnhem: Gouda Quint 1993.

De Hullu 2005

J. de Hullu, De invloed van eigen schuld op de beoordeling van strafuitsluitingsgronden, in: F. Verbruggen et.al. (red.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, volume I, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 41-56.

De Hullu 2006

J. de Hullu, *Materieel strafrecht, Over leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Huntingdon 1997

S. Huntingdon, *Botsende beschavingen. Cultuur en conflict in de 21^{ste} eeuw*, Antwerpen: Anthos/Manteau 1997.

Jacobs en White 2006

F. Jacobs, R. White, *The European Convention on Human Rights*, 4th edition, revised and updated by Clare Overy and Robin White, Oxford: Oxford University Press 2006.

A. Janssen en Nieuwenhuis 2005

A.J. Janssen en A.L.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2005.

J. Janssen 2006

J. Janssen, Je eer of je leven? Een verkenning van eorzaken voor politieambtenaren en andere professionals, Elsevier Overheid 2006.

S. Janssen 2002

S. Janssen, Psychische overmacht; naar een absolute wilsonvrijheid?, in: *Nederlands Juristenblad*, 2002, p. 1111.

S. Janssen en A. van Leeuwen 2000

S. Janssen, A. van Leeuwen, Dissociatie in het strafrecht?, in: *DD* 2000, p. 875-890.

Jennings 2000

J. Jennings, Citizenship, Republicanism, and Multiculturalism in Contemporary France, *British Journal of Political Science* 2000, p. 575-597.

D.H. de Jong 2000

D.H. de Jong, Groeiende aandacht voor het materiële strafrecht?, in: *DD* 2000, p. 855-858.

D.H. de Jong 2004

D.H. de Jong, Het weten en willen van een 'normaal mens' in het strafrecht, *DD* 2004, p. 1050-1069.

F. de Jong 2004

F. de Jong, Opzetvaststelling finaal of intersubjectief?, *DD* 2004, p. 679-713.

Johnson 2000

J. Johnson, Why Respect Culture?, *American Journal of Political Science* 2000, p. 405-418.

Jonkers 1984

W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek, Het schuldbeginnsel, het legaliteitsbeginnsel, de strafbaarheidsvoorwaarden, de poging en de deelneming*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1984.

Jörg 2006

N. Jörg, Rechtstreekse acceptatie van een cultureel verweer?, *NJB* 2006, p. 1694-1695.

Junger-Tas en Van der Zee-Nefkens 1977

J. Junger-Tas en A. van der Zee-Nefkens, *Een observatie-onderzoek naar het werk van de politie-surveillance*, Den Haag: WODC 1977.

Junger en Zeilstra 1989

M. Junger en M. Zeilstra, *Deviant gedrag en slachtofferschap onder jongens uit etnische Minderheden*, deel I, Den Haag: WODC en Gouda Quint 1989.

Kahn 2001

P.W. Kahn, Approaches to the Cultural Study of Law: Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 13, 2001, p. 141-171.

Kanne 2004

M.J. Kanne, Het zit wel goed met de SGP, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 315-322.

Kanter 1995

A.M. Kanter, The Yenaldlooshi in Court and the Killing of a Witch, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 1995, p. 411-454.

Kapchan en Strong 1991

D. Kapchan, P. Strong, *Theorizing the Hybrid*, *The Journal of American Folklore* 1999, p. 239-253.

Kaptein 2002

H.J.R. Kaptein, Materieelstrafrechtelijke delegitimatie van culturele verweren, in: N.F. van Manen, *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 235-244.

Kekes 1993

J. Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1993.

Kelk 1987

C. Kelk, Strafrechtelijk stromenland, in: *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint 1987, p. 235-253.

Kelk 1993

C. Kelk, Het strafrecht in de tang van het instrumentalisme, in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuisen, W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht, Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 3-83.

Kelk 2002

C. Kelk, Humaniteit als strafrechtelijk principe een *tour d'horizon*, in: K. Boonen, C. Cleiren, R. Foqué en Th. de Roos (red.), *De weging van 't Hart, Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 69-101.

Kelk 2005

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Kelk 2006

C. Kelk, Het algemeen menselijk karakter van de overmacht, *DD* 2006, p. 821-832.

Kim 1997

N. Kim, The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption. A Framework for Analysis, *New Mexico Law Review*, vol. 27, p. 101-139.

Knap 2002

J. Knap, Multiculturele drama's, in: *Proces*, 2002, p. 40-41.

Knoops 1998

G.G.J. Knoops, *Psychische overmacht en rechtsvinding, Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensisch-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht*, diss. Leiden, Deventer: Gouda Quint 1998.

Komen 2001

M. Komen, Een westere wals op merengue-muziek. Over de culturele competentie van jeugdpsychiatrische voorlichting aan de rechtbank, In: *Proces* 2001, p. 175-179.

Komen 2003

M. Komen, Psychiatrische rapportage Pro Justitia, in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yesilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 125-136.

Komen en Siesling 2002

M. Komen en M. Siesling, Begrip voor de dader: cultuur als verzachtende omstandigheid, in: *Proces*, 2002, p. 46-49.

Kool et.al. 2005

R. Kool et.al, *Vrouwelijke genitale verninking in juridisch perspectief. Achtergrondstudie. (Rechtsvergelijkend) onderzoek naar de juridische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van vrouwelijke genitale verninking*, Zoetermeer: Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verninking, 2005.

R. Koopmans 2003

R. Koopmans, Good Intentions Sometimes Make Bad Policy. A Comparison of Dutch and German Integration Policies, in: R. Cuperus, K. Duffek en J. Kandel (red.), *The Challenge of Diversity. European Social Democracy Facing Migration, Integration, and Multiculturalism*, Innsbruck: StudienVerlag 2003, p. 163-168.

Koptiuch 1997

K. Koptiuch, "Cultural Defense" and criminological displacements. Gender, race, and (trans)nation in the legal surveillance of U.S. diaspora Asians. In, L. Smadar and T. Swedenberg (red.), *Displacement, Diaspora, and Geographies of Identity*, Durham: Duke University Press 1997, p. 215-233.

Korf 2002

D. Korf, HALT en het bereiken van allochtone jongeren, in: *DD*, 2002, p.1086-1100.

Korvinus 1983

A.G. Korvinus, Het OM en de overtuigingsdader. Het vervolgen en niet vervolgen van overtuigingsdaders, *Trema* 1983, p. 116-127.

Kukathas 1992

C. Kukathas, Are There Any Cultural Rights?, in: *Political Theory*, 1992, p. 105-139.

Kukathas 1997

C. Kukathas, Cultural Toleration, in: I. Shapiro and W. Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, New York: New York University Press 1997, p. 69-104.

Kukathas 1998

C. Kukathas, Liberalism and Multiculturalism, The Politics of Indifference, in: *Political Theory*, vol. 26, p. 686-699.

Kuypers 1993

P. Kuypers, Dichtbij en veraf. Bestuurlijke vernieuwing in Nederland, in: P. Kuypers, R. Foqué en P. Frissen, *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, Amsterdam: De Balie 1993, p. 5-17.

Van der Kwaak et.al. 2003

A.van der Kwaak, E. Bartels, F. De Vries, S. Meuwese, *Strategieën ter voorkoming van besnijdenis bij meisjes, Inventarisatie en aanbevelingen*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2003.

Kwakman 2001

N.J.M. Kwakman, De deskundige in het strafproces, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting*, eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 343-395.

Kymlicka 1989

W. Kymlicka, Liberal Individualism and Liberal Neutrality, *Ethics* 1989, p. 883-905.

Kymlicka 1990

W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, New York, Toronto: Clarendon Press 1990.

Kymlicka 1995

W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship, A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford: Clarendon Press 1995.

Kymlicka en Norman 2000

W. Kymlicka, W.J. Norman, *Citizenship in diverse societies*, Oxford, New York: Oxford University Press 2000.

Labuschagne 1998

B. Labuschagne, Het Europees Hof en de vrijheid van godsdienst: enkele opmerkingen in religieuze verdraagzaamheid. Kroniek van art. 9 EVRM, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 698-708.

B. Van Leeuwen 2001

B. Van Leeuwen, *Erkenning, identiteit en verschil, Een sociaal-filosofische studie over multiculturalisme en leven met culturele diversiteit*, diss. Leuven, Leuven 2001.

Lemaire 1976

T. Lemaire, *Over de waarde van kulturen, Een inleiding in de kultuurfilosofie*, Baarn: Basisboeken/Ambo 1976.

Levine 2003

K.L. Levine, Negotiating Boundaries of Crime and Culture: a Sociological Perspective on Cultural Defense Strategies, *Law and Social Inquiry* 2003, p. 39-86.

Levy 2000

J. Levy, *The Multiculturalism of Fear*, Oxford, New York: Oxford University Press 2000.

Li 1996

J. Li, Culture as a Defense, An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense, *University of Hawaii Law Review* 1996, p. 765-796.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Loenen 2006

M.L.P. Loenen, Het EHRM en de grenzen van religieus pluralisme, *NJB* 2006, p. 304-310.

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 1991

M.A. Loth, Schuld en solidariteit, Over de collectivering van aansprakelijkheid, in: A.M. Hol, M.A. Loth (red.), *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 21-36.

Loth 1992

M.A. Loth, Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht, in: M. Groenhuijsen, G. Mulder, J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken, Beschouwingen n.a.v. de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 21-31.

Lucassen en Penninx 1995

J. Lucassen en M. Penninx, *Nieuwkomers, nakomelingen, Nederlanders, Immigranten in Nederland 1550-1993*, Amsterdam: Het Spinhuis 1995.

Ly 2001

C. Ly, The Conflict between Law and Culture, *Wisconsin Law Review* 2001, p. 471-499.

Lyman 1986

J. Lyman, Cultural Defense, Viable Doctrine or Wishful Thinking?, *Criminal Justice Journal* 1986, p. 87-117.

Ma 1995

V. Ma, Cultural Defense, Limited Admissibility for New Immigrants, *San Diego Justice Journal* 1995, p. 461-484.

Machielse 1986

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie*, diss. VU, Amsterdam: Stichting onderzoek en beleid 1986.

Machielse 1995

A.J.M. Machielse, Eigen schuld en artikel 40 Sr, in: J.P. Balkema et.al. (red.), *Dynamisch strafrecht, Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 221-240.

Machielse en Schaffmeister 1992

A. Machielse en D. Schaffmeister, Onrecht en zorgplicht, in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder, J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken, Beschouwingen n.a.v. de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 33-52.

Magnarella 1991

P. Magnarella, Justice in a Culturally Pluralistic Society, The Cultural Defense on Trial, *Journal of Ethnic Studies* 1991, p. 65-84.

Maguigan 1995

H. Maguigan, Cultural Evidence and Male Violence, Are Feminist and Multicultural Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?, *New York University Law Review* 1995, p. 36-99.

Van Manen 1996

N.F. van Manen, Rechtsvinding en intuïtie, in: E. Lissenberg et.al. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 57-74.

Van Manen 1998

N.F. van Manen, Rechtszekerheid: Vervlogen Dromen, *AA* 1998, p. 956-959.

Van Manen 2002

N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Van Manen 2003

N.F. van Manen, Strijdende deugden bij interculturele conflicten: 'Doch het is niet meer een zaak der rechtswetenschap...', in: P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel, *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, p. 57-67.

Margalit 2001

A. Margalit, *De fatsoenlijke samenleving*, Amsterdam: Van Gennep 2001.

Margulies 1998

P. Margulies, Identity on Trial: Subordination, Social Science Evidence, and Criminal Defense, *Rutgers Law Review* 1998, p. 45-140.

Maris 1992

C.W. Maris, Oyaku sjinju, in: A. Musschenga, F. Jacobs (red.), *De liberale moraal en haar grenzen*, Kampen: Kok 1992, p. 185-215.

Maris van Sandelingenambacht 1996

F.C.L.M. Jacobs, C.W. Maris (red.), *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*, Assen: Van Gorcum 1996.

Maris van Sandelingenambacht 2001

C.W. Maris van Sandelingenambacht, Wie is de vader, wie is de dader?, in: *NJB* 2001, p. 1708-1712.

Maris van Sandelingenambacht 2004

C. Maris van Sandelingenambacht, Sociale cohesie en rechtvaardigheid in een multiculturele rechtsorde, in: E. Brugmans en M. Buijsen (red.), *Krakend recht en verharde moraal, Maatschappelijke ontwikkelingen en hun invloed op recht en moraal*, Nijmegen: Valkhof Pers 2004, p. 68-98.

Markell 2003

P. Markell, *Bound by Recognition*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2003.

Masclee en Meuwese 2000

M. Masclee en S. Meuwese, Genitale verminking bij meisjes en vrouwen, in: *AA* 2000, p. 535-541.

Mason 1999

A. Mason, Political Community, Liberal-Nationalism and the Ethics of Assimilation, *Ethics* 1999, p. 261-286.

Matsumoto 1995

A. Matsumoto, A Plea for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System, Japanese Law and the Kimura Case, *Journal of International Law and Practice* 1995, p. 507-538.

Mattheussens-Kroon 1993

J.H.M. Mattheussens-Kroon, Het polygame huwelijk in Nederland, *Het Personeel Statuut* 1993, p. 11-13.

May 1988

L. May, *The Morality of Groups*, Chigago: Chigago University Press 1988.

Meijknecht 2001

A. Meijknecht, De betekenis van artikel 27 IVBPR voor minderheden en inheemse volkeren, in: N.F. van Manen (red.), *Multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 253-263.

Mendelsohn 2004

N. Mendelsohn, At the Crossroads: The Case For and Against a Cultural Defense to Female Genital Mutilation, *Rutgers Law Review* 2004, p. 1011–1038.

Mevis 2000

P. Mevis, Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht, in: P. Bogert, T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1–35.

Mezey 2001

N. Mezey, Approaches to the Cultural Study of Law: Law as culture, *Yale Journal of Law & the Humanities* 2001, p. 35–67.

Ministerie van Justitie, Directie Jeugdbescherming en Reclassering 1994

Ministerie van Justitie, Directie Jeugdbescherming en Reclassering, *Aanpak jeugdcriminaliteit, Met de neus op de feiten*, Den Haag: Ministerie van Justitie, Directie Jeugdbescherming en Reclassering 1994.

Modood 1997

T. Modood, 'Difference', Cultural Racism, and Anti-Racism, in: P. Werbner en T. Modood (red.), *Debating Cultural Hybridity*, London and New York: Zed Books 1997, p. 154–172.

Moedikdo 1976

P. Moedikdo, De Utrechtse school van Pompe, Baan en Kempe, in: C. Kelk et.al. (red.), *Recht, macht en manipulatie. Hedendaagse opvattingen over de functies van het (straf)recht voor individu en maatschappij*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976, p. 90–154.

Montesquieu 1998

Ch. de Montesquieu, *Over de geest der wetten. (Een selectie)*, Amsterdam, Meppel: Boom 1998.

Mooij 1997

A. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie*, oratie Utrecht, Deventer: Gouda Quint 1997

Mooij 2004a

A. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid, Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004.

Mooij 2004b

A. Mooij, Handeling, wilsvrijheid en toerekeningsvatbaarheid, *DD* 2004, p. 1070–1094.

Morawa 2001

A. Morawa, The Evolving Human Right to Equality, *European Yearbook of Minority Issues* 2001, p. 157–205.

Morawa 2004

A. Morawa, The European Court of Human Rights and Minority Rights: The 'Special Consideration' Standard in Light of *Gypsy Council*, *International Journal on Minority and Group Rights* 2004, p. 97–109.

Mouffe 2000

C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, London: Verso 2000.

Muller 2006

E. Muller, Fixing a Hole: How the Criminal Law can Bolster Reparations Theory, *Boston College Law Review* 2006, p. 659–704.

Nagel 1963

W.H. Nagel, De Utrechtse school, in: *Rechtvaardigheid en menselijkheid. Opstellen aangeboden in het Tijdschrift voor Strafrecht aan Prof. Mr. W.P.J. Pompe bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar*, Leiden: E.J. Brill 1963, p. 322-355.

Nauta en Werdmölder 2002

A. Nauta en H. Werdmölder, Discussie, Onderzoek naar kenmerken van eerwraak, *Tijdschrift voor Criminologie* 2002, p. 367-373.

Nellestijn 1981

A. Nellestijn, Achtergronden van Turkse ontvoeringszaken, Onvrijwillige schakingen sericus aanpakken, *Algemeen Politieblad* 1981, p. 51-56.

Nelson 2004

C. Nelson, Consistently Revealing the Inconsistencies: The Construction of Fear in the Criminal Law, *Saint Louis University Law Journal* 2004, p. 1261-1283.

Nieboer 1978

W. Nieboer, *Wetens en willens*, Oratie Tilburg, Arnhem: Gouda Quint 1978.

Nieboer 1991

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Nijboer 1989

J.F. Nijboer, Schuldbegrip en schuldbeginsel als oriëntatiepunten in het strafrecht, *Recht en Kritiek* 1989, p. 363-383.

Nijboer en Wemes 1990

J.F. Nijboer en L.T. Wemes, *Strafrecht, dogmatiek en dogmatisme*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Nussbaum 1995

M. Nussbaum, *Poetic Justice, The Literary Imagination and Public Life*, Boston: Beacon Press 1995.

Van Oenen 2004

G. van Oenen, Burgers op drift – Burgerschap in tijden van transnationale identiteit, in: H. Entzinger en J. van der Meer (red.), *Grenzeloze solidariteit, Naar een migratiebestendige verzorgingsstaat*, Amsterdam: De Balie 2004, p. 86-100.

Okin 1999

S.M. Okin, Is Multiculturalism Bad for Women, in: J. Cohen, M. Howard, M. Nussbaum (red.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton: Princeton University Press 1999, p. 7-25.

Oude Breuil 2005

B.C.M. Oude Breuil, *De Raad voor de Kinderbescherming in een multiculturele samenleving*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Oude Breuil 2007

B.C.M. Oude Breuil, Dealing With the Ethnic Other in Criminal Law Practice: A Case Study from the Netherlands, in: M.-C. Foblets en A. Dundes Renteln, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense* (te verschijnen).

Orth 2002

U. Orth, Secondary Victimization of crime victims by criminal proceeding, *Social Justice Research* 2002, p. 313-326.

Parekh 1995

B. Parekh, Cultural Pluralism and the Limits of Diversity, *Alternatives* 1995, p. 431-457.

Parekh 1996

B. Parekh, Minority Practices and Principles of Toleration, *International Migration Review* 1996, p. 251-284.

Parekh 2000

B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism, Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 2000.

Patten 1996

A. Patten, The Republican Critique of Liberalism, *British Journal of Political Science* 1996, p. 25-44.

Pelser 1995

C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Pengel 1991

C. Pengel, Winti en recht, *Proces* 1991, p. 105-109.

Peters 1966

A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1966.

Pettit 2002

Ph. Pettit, *Rules, Reasons and Norms*, Oxford: Clarendon Press 2002.

Pierik 2004

R. Pierik, Conceptualizing cultural groups and cultural difference. The social mechanism approach, *Ethnicities* 2004, p. 523-544.

Piret 1995

J.-M. Piret, Honderd bloemen in de tuin der mensheid, *Nexus* 1995, p. 87-97.

Piret 2003

J.V.A.G. Piret, Multiculturalisme, gelijkheid en openbare orde in de liberale rechtsstaat, in: J.V.A.G. Piret (red.), *De precisie van het lezen. Liber Amicorum M. Weyembergh*, Brussel: VUB Press 2003, 279-290.

Pipes 2003

J. Pipes, *The Rushdie Affair. The Novel, The Ayatollah, and the West*, New Brunswick: Transaction Publishing 2003.

Politoff en F.A.J. Koopmans 1991

S.I. Politoff, F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Pomorski 1997

S. Pomorski, On Multiculturalism, Concepts of Crime, and the 'De Minimis' Defense, *Brigham Young University Law Review* 1997, p. 51-99.

Post 2005

M.G.J. Post, *Detentie en culturele diversiteit, De effectivering van de rechtspositie door etnische minderheden in detentie*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Poulter 1975

S. Poulter, Foreign Customs and the English Criminal Law, *International and Comparative Law Quarterly* 1975, p. 136-140.

Poulter 1998

S. Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights, The English Experience*, Oxford, New York: Oxford University Press 1998.

B. Prins 2004

B. Prins, *Voorbij de onschuld, Het debat over integratie in Nederland*, Amsterdam: Van Gennep 2004.

W. Prins 1990

W. Prins, *Op de bres voor vrijheid en pluraliteit, Politiek in de post-metaforische revisie van Hannah Arendt*, diss. VU, Amsterdam: VU uitgeverij 1990.

Procee 1991

H. Procee, *Over de grenzen van culturen, Voorbij universalisme en relativisme*, diss. Groningen, Meppel, Amsterdam: Boom 1991.

Prott 1988

L. Prott, Cultural Rights as People's Rights in International Law, in: J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford: Clarendon Press 1988, p. 93-106.

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2005

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Niet langer met de ruggen naar elkaar. Een advies over verbinden*, Den Haag 2005.

Radbruch 2003

G. Radbruch, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, R. Dreier en S. Paulson (red.), Heidelberg: Müller 2003 (oorspronkelijke uitgave 1914).

Raes 1996

K. Raes, Tolerantie is een norm. Over de verschillen tussen tolerantie en cultureel relativisme, permissiviteit en groepsrechten, in: E. Doom (red.), *Tolerantie getolereerd? Islamitische en westerse opvattingen*, Gent: Mys & Breesch 1996, p. 37-50.

Rath 1991

J. Rath, *Minorisering, De sociale constructie van 'etnische minderheden'*, diss. Utrecht, Amsterdam: Sua 1991.

Rawls 1993

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press 1993.

Rawls 1999

J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1999.

Reitan 1996

E. Reitan, Punishment and Community. The Reintegrative Theory of Punishment, *Canadian Journal of Philosophy* 1996, p. 57-82.

Rommelink 1960

J. Rommelink, Behoort de wetgever nadere regels van algemene of bijzondere aard te stellen betreffende het beroep op gewetensbezwaren tegen de naleving van door het strafrecht gesanctioneerde normen?, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 90^e jrg., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 3-79.

Rommelink 1970

J. Rommelink, De overtuigingsdader, in: *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 179-199.

Remmelink 1999

J. Remmelink, Actuele stromingen in Nederlands strafrecht, in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 83-118.

Renteln 1990

A. Dundes Renteln, *International Human Rights, Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, London, New Delhi: SAGE Publications 1990.

Renteln 1993

A. Dundes Renteln, A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse, in: *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 1993, p. 437-526.

Renteln 2002

A. Dundes Renteln, In Defense of Culture in the Courtroom, in: R. Shweder, M. Minow and H. Rose-Markus (red.), *Engaging Cultural Differences, The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, New York: Russel Sage 2002, p. 194-215.

Renteln 2004

A. Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford, New York: Oxford University Press 2004.

Ricoeur 2000

P. Ricoeur, The Plurality of Instances of Justice, in: P. Ricoeur, *The Just*, transl. D. Pellauer, Chigago and London: The University of Chigago Press 2000, p. 76-93.

Riles 2005

A. Riles, A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities, in: *Buffalo Law Review* 2005, p. 973-1033.

Rimonte 1991

N. Rimonte, A question of Culture, Cultural Approval of Violence against Women in the Pasific-Asian Community and the Cultural Defense, in: *Stanford Law Review*, 1991, p. 1311-1326.

Rivera 1994

J. Rivera, Domestic Violence against Latinas by Latino Males, An Analysis of Race, National Origin, and Gender Differentials, in: *Boston College Third World Law Journal*, 1994, p. 231-251.

Roberts 2006

P. Roberts, Theorising Procedural Tradition: Subjects, Objects and Values in Criminal Adjudication, in: A. Duff et.al. (red.), *The Trial on Trial. Judgment and Calling to Account*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2006, p. 37-64.

Römkes 2002

R. Römkes, Over cultuurbarbarij gesproken. Geweld tegen vrouwen en het debat over multiculturaliteit, in: R. Holtmaat (red.), *Een verdrag voor alle vrouwen. Verkenningen van de betekenis van het VN-Vrouwenverdrag voor de multiculturele samenleving*, Den Haag: E-quality 2002, p. 41-56.

De Roos 2005

Th. de Roos, Het Apologieverbod, *Juridisch up to Date*, 2005, p. 20-22.

De Roos 2006

Th.A. de Roos, De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet. Opsporingsbevoegdheden verruimd in strijd tegen terrorisme, *Advocatenblad* 2006, p. 176-180.

Roosens 1998

E. Roosens, *Eigen grond eerst, Primordiale autochonie, Dilemma van de multiculturele samenleving*, Leuven, Amersfoort: Acco 1998.

Rorty 1994

A. Rorty, The Hidden Politics of Cultural Identification, in: *Political Theory*, 1994, p. 152-166.

J. van Rossum en Hoogendoorn 1997

J. van Rossum en J. Hoogendoorn, Eerwraak: een 'uitheems' delict in de Nederlandse rechtspraak, in: *Proces*, 1997, p. 144-148.

W. van Rossum 1998

W. van Rossum, *Verschuiven voor de rechter, Hoe het hoort en het ritueel van Turkse verdachten in de rechtszaal*, diss. UvA, Amsterdam: Duizend & Een 1998.

W. van Rossum 2006

W. van Rossum, De rechter als 'cultuurswitcher', *NJB* 2006, p. 2469-2472.

Rozemond 1998

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, diss. VU, Deventer: Gouda Quint 1998.

Rozemond 1999

K. Rozemond, Van Dijke moet kunnen zeggen wat hij gelooft, *R&R* 1999, p. 3-7.

Rozemond 2001

K. Rozemond, Beledigende uitlatingen van homoseksuelen en de functie van de vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting in een democratie, *DD* 2001, p. 441-452.

Rozemond 2005

N. Rozemond, De retorische verleiding van het strafrecht. Essay, *NJB* 2005, p. 1182-1185.

Rozemond 2006

N. Rozemond, Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving, *RMThemis* 2006, p. 160-168.

De Ruijter 2000

A. de Ruijter, *De multiculturele arena*, oratie Tilburg, Tilburg 2000.

Rutgers en Molier 2004

R. Rutgers en G. Molier (red.), *Het multiculturele debat, Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Rutten 2001

S. Rutten, Culturele diversiteit in het Nederlandse recht, in: P.B. Cliteur & V. Van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 285-302.

Sacks 1996

V. Sacks, An Indefensible Defense, On the Misuse of Culture in Criminal Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1996, p. 523-549.

Sams 1986

J.P. Sams, The Availability of The 'Cultural Defense' as An Excuse for Criminal Behavior, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1986, p. 335-353.

Van San 1998

M. van San, *Stelen en steken, Delinquent gedrag van Curaçaose jongens in Nederland*, Amsterdam: Het Spinhuis 1998.

Sandel 1984

M. Sandel, The Procedural Republic and the Unencumbered Self, *Political Theory* 1984, p. 81-96.

Sarat en Kearns 1998

A. Sarat en T. Kearns, *Law in the Domain of Culture*, Ann Arbor: University of Michigan Press 1998.

Sasse van Isselt 2006

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, Uitoefening van grondrechten als voorwaarde voor integratie in een democratische rechtsstaat, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 654-663.

Scanlon 2003

T. Scanlon, The Difficulty of Tolerance, in: T. Scanlon, *The Difficulty of Tolerance, Essays in Political Philosophy*, Cambridge: Cambridge: University Press 2003, p. 187-201.

Schaffmeister en Heijder 1983

D. Schaffmeister en A. Heijder, Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht, in: E. André de la Porte et.al. (red.), *Bij deze stand van zaken, Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 441-474.

Schalken 1987

T. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?*, oratie VU, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Scheffer 2004

P. Scheffer, Het multiculturele drama, in: R. Rutgers en G. Molier (red.), *Het multiculturele debat, Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 1-10.

Scholten 1974

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederland burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schoep 2006

G.K. Schoep, Strafmotivering, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos, M.A.H. van der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu 2006, p. 183-209.

Schoep en Schuyt 2005

G.K. Schoep, P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straffoemeting. Een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straffoemeting en de oriëntatiepunten voor de straffoemeting*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005.

Schoonenberg 2001

C. Schoonenberg, Schoolzwemmen, een koude douche of een warm bad, Overtreding van de leerplichtwet met een beroep op de geloofsovertuiging, *Proces* 2001, p. 188-191.

Schuyt 2006

K. Schuyt, *Democratische deugden. Groepstegenstellingen en sociale integratie*, oratie Leiden, Leiden 2006.

Shachar 2001a

A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

Shachar 2001b

A. Shachar, Two Critiques of Multiculturalism, *Cardozo Law Review* 2001, p. 253-297.

Sheybani 1987

M.-M. Sheybani, Cultural Defense, One Person's Culture Is Another's Crime, in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1987, p. 751-783.

Siesling 2001

M. Siesling, Multiculturaliteit en de verdediging in strafzaken, *Proces* 2001, p. 180-185.

Siesling 2004

M. Siesling, Rechterlijke discretie en culturele strafzaken, in: M.M. Boone et.al. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 159-173.

Siesling 2005

M. Siesling, The International Conference on Honour Based Violence, *Proces* 2005, p. 191-197.

Siesling 2006

M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken, Een onderzoek naar verdedigingsstrategieën in culturele strafzaken*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Siesling en Ten Voorde 2007

M. Siesling en J. ten Voorde, The Paradox of Cultural Differences in Dutch Criminal Law, in: M.-C. Foblets en A. Dundes Renteln, *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense* (te verschijnen).

Sikora 2001

D. Sikora, Differing Cultures, Differing Culpabilities, Using Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing, *Ohio State Law Journal* 2001, p. 1695-1728.

Sing 1999

J. Sing, Culture as Sameness: Toward a Synthetic View of Provocation and Culture in the Criminal Law, *Yale Law Journal* 1999, p. 1845-1884.

Sjöcrona en Koops 2006

J. Sjöcrona, W. Koops, Delicaat instrument om rechter te dwingen tot nadere motivering. Nieuwe rechtspraak van de Hoge Raad over verweren en "uitdrukkelijk onderbouwde standpunten", *Advocatenblad* 2006, p. 364-368.

Slijper 1999

B. Slijper, Twee concepties van liberale tolerantie in een multiculturele samenleving, *Migrantenstudies* 1999, p. 83-95.

Van der Sloot 2004

B.P. van der Sloot, Moeten rechters lijken op de Nederlandse bevolking? Over de wenselijkheid van descriptieve representatie door de rechterlijke macht, *Trema* 2004, pp. 49-63.

Smith 1995

L.A. Smith, The Moral Reform Theory of Punishment, *Arizona Law Review* 1995, p. 197-208.

Snel 2003

E. Snel, *De vermeende kloof tussen culturen*, oratie Twente, z.p. 2003.

Sociaal en Cultureel Planbureau 1998

Sociaal Cultureel Planbureau, *Sociaal-Cultureel Rapport 1998, 25 jaar sociale verandering*, Den Haag 1998.

Sociaal Cultureel Planbureau 2005

Sociaal Cultureel Planbureau, *Jaarrapport Integratie 2005*, Den Haag 2005.

Somers en Gibson 1994

M. Somers and G. Gibson, Reclaiming the Epistemological 'Other', Narrative and the Social Construction of Identity, in: G. Calhoun (red.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1994, p. 37-99.

Spatz 1991

M. Spatz, A 'Lesser' Crime, A Comparative Study of Men Who Kill Their Wives, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 1991, p. 597-638.

Stamhuis 2001

E.F. Stamhuis, De onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deel 1: Het onderzoek ter zitting, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 145-177.

Stolwijk 2003

S.A.M. Stolwijk, Geloofsovertuiging en de strafwet; Christendom en de Islam, *DD* (rechtspraak) 2003, p. 330-341.

Strijards 1987

G. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

Strijards 2006

G.A.M. Strijards, Van bamzaaien, haatzaaien en uitingsdelicten. Strafbepalingen over 'aanzetten tot haat, agressie en geweld', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber Amicorum J. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 557-575.

Strijbosch 1991

F. Strijbosch, Culturele delicten in de Molukse gemeenschap, *NJB* 1991, p. 666-672.

Strijbosch 1993

F. Strijbosch, *Aan de grenzen van het rechtspluralisme, Over de sociale en juridische betekenis van migrantenrecht in Nederland*, oratie Nijmegen, Nijmegen 1993.

Strijbosch 2001

F. Strijbosch, Eerwraak, onderzoek en strafrecht, *NJB* 2001, p. 883-890.

Stroink 1999

F.A.M. Stroink, De betekenis van de Straatsburgse jurisprudentie inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor het Nederlandse recht, *NJCM-bulletin* 1999, p. 5-32.

Suri 2000

S. Suri, A Matter of Principle and Consistency, Understanding the Battered Woman and Cultural Defenses, *Michigan Journal of Gender and Law* 2000, p. 107-139.

Ch. Taylor 1989

Ch. Taylor, *Sources of the Self, The Making of Modern Identity*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1989.

Ch. Taylor 1991

Ch. Taylor, *The Malaise of Modernity*, Concord, Ontario: House of Anansi 1991.

Ch. Taylor 1994

Ch. Taylor, The Politics of Recognition, in: A. Gutmann (red.), *Multiculturalism, Examining the Politics of Recognition*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1994, p. 25-73.

Ch. Taylor 1995

Ch. Taylor, To Follow a Rule, in: Ch. Taylor, *Philosophical arguments*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1995, p. 165-180.

D. Taylor 1998

D. Taylor, Paying Attention to the Little Man Behind the Curtain: Destroying the Myth of the Liberal's Dilemma, *Mail Law Review* 1998, p. 445-470.

T. Taylor 1997

T. Taylor, The Cultural Defense and Its Irrelevancy in Child Protection Law, *Boston College Third World Law Journal* 1997, p. 663-682.

Tempelman 1999a

S. Tempelman, Constructions of Cultural Diversity, Multiculturalism and Exclusion, *Political Studies*, 1999, p. 17-31.

Tempelman 1999b

S. Tempelman, Duiken in het duister, Een gematigd constructivistische benadering van culturele diversiteit, *Migrantenstudies* 1999, p. 70-82.

Tennekes 1986

J. Tennekes, Nederland een multi-culturele samenleving?, in: A. Musschenga, J. Tennekes (red.), *Emancipatie en identiteit, Over de positie van etnische groepen*, Amsterdam: VU uitgeverij 1986, p. 33-101.

Tennekes 1990

J. Tennekes, De onbekende dimensie, *Over cultuur, cultuurverschillen en macht*, Leuven, Apeldoorn: Garant 1990.

Van Thijn 2001

E. van Thijn, Ons kostelijke cultuurbezit, in: idem *Publieke zaken*, Amsterdam: Meulenhoff 2001, p. 13-36.

Thornberry 1991

P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minority Cultures*, Oxford: Clarendon Press 1991.

Tigchelaar 2000

J. Tigchelaar, Uw norm is de onze niet!, *Nemesis* 2000, p. 27-29.

Tibi 1998

B. Tibi, *Europe zonder identiteit? De crisis van de multiculturele samenleving*, z.p.: Deltas 1998.

Van Toorenburg 1998

M. van Toorenburg, *Medeplegen*, diss. Tilburg, z.p.: z.u. 1998.

Torry 1999

W. Torry, Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense, *Journal of Legal Pluralism* 1999, p. 127-161.

Torry 2000

W. Torry, Culture and Individual Responsibility, Touchstones of the Culture Defense, *Human Organization* 2000, p. 58-71.

Tully 1995

J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge: Cambridge University Press 1995.

Tully 2000

J. Tully, Struggles over Recognition and Distribution, *Constellations* 2000, p. 469-482.

Turner 1993

T. Turner, Anthropology and Multiculturalism: What Is Anthropology That Multiculturalists Should be Mindful of It?, *Cultural Anthropology* 1993, p. 411-429.

Van Veen 1966

Th.W. van Veen, Het subsociale, element van het delict of voorwaarde voor de straf?, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1966, p. 31-52.

Van Veen 1975

Th.W. van Veen, Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid (2), in: *DD*, 1975, p. 274-290.

Van Veen 1986

Th.W. van Veen, Het stelsel der excepties, in: *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.

Veerman, Hendriks en J. Smith 1995

T. Veerman, A. Hendriks, J. Smith, Recht doen aan gezondheid(sbelangen) van kinderen, Het regeringsbeleid inzake polio vaccinatie en meisjes- en jongetjesbesnijdenis, aan de grondrechten getoetst, *Recht en Kritiek* 1995, p. 136-165.

Veldt 1999

M.I. Veldt, De onpartijdige strafrechter, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 33-47.

Vellinga 1982

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld*, diss. Groningen, Arnhem: Gouda Quint 1982.

Vergouw 2000

G. Vergouw, Culturele delicten in Nederland; welk recht spreekt?, *Ars Aequi* 2000, p. 646-651.

Verhaar 2001

O. Verhaar, Mogen Nederlandse moslimagenten een hoofddoek dragen?, *B&M, Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij* 2001, p. 202-212.

Verkuyten 1999

M. Verkuyten, *Etnische identiteit, theoretische en empirische benaderingen*, Amsterdam: Het Spinhuis 1999.

B.P. Vermeulen 1992

B.P. Vermeulen, Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten (preadvies), *R&R* 1992, p. 16-46.

B.P. Vermeulen 2000

B.P. Vermeulen, Artikel 6, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 93-109.

H. Vermeulen en Slijper 2003

H. Vermeulen en B. Slijper, *Multiculturalisme in Canada, Australië en de Verenigde Staten, Ideologie en beleid, 1950-2000*, Amsterdam: Askant 2003.

Vermunt 1984a

D. Vermunt, Nogmaals: de veearts van stal (II), in: *DD* 1984, p. 712-723.

Vermunt 1984b

D. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek*, diss. Nijmegen, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Van Vliet 1995

A. van Vliet, Amal, of de tedere hand van de groepsleider, *Crimineel Jaarboek* 1995, p. 169-173.

Van der Vlies 1993

I.C. van der Vlies, *Grenzen aan het recht*, oratie Leiden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Volpp 1994

L. Volpp, (Mis)identifying Culture, Asian Women and the 'Cultural Defense', *Harvard Women's Law Journal* 1994, p. 57-101.

Volpp 1996

L. Volpp, Talking 'Culture': Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism, *Columbia Law Review* 1996, p. 1573-1617.

Volpp 2000

L. Volpp, Blaming Culture for Bad Behavior, *Yale Journal of Law and the Humanities* 2000, p. 89-116.

Volpp 2001

L. Volpp, Feminism Versus Multiculturalism, *Columbia Law Review* 2001, p. 1181-1218.

Ten Voorde 2003

J. ten Voorde, Medeplegen en de culturele diversiteit in het strafrecht, *NJB* 2003, p. 1234-1235.

Ten Voorde 2004

J. ten Voorde, Het zwaarder straffen bij culturele delicten, Feit of fictie?, *Proces* 2004, p. 124-133.

Ten Voorde 2005

J. ten Voorde, De berechting van culturele delicten en de flexibiliteit van het strafrecht, *AA* 2005, p. 77-79.

Ten Voorde 2007

J.M. ten Voorde, Godsdienstige overtuigingsdelicten beoordeeld. Het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid in het licht van de strafrechtelijke gedraging, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, p 143-161.

Vrielink 2002

J. Vrielink, Intussen bij de bureu. Recente ontwikkelingen in het onderzoek naar allochtone criminaliteit in België, *Proces* 2002, p. 56-59.

Vrij 1999

M. Vrij, Ter effening, in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 191-209.

Van der Wal 1989

G. van der Wal, Collectief daderschap, *R&R* 1989, p. 69-74.

Waldron 1992

J. Waldron, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, *University of Michigan Journal of Law Reform* 1992, p. 751-793.

Waldron 2000

J. Waldron, Cultural Identity and Civic Responsibility, in: W. Kymlicka and W. Norman (red.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford, New York: Oxford University Press 2000, p. 155-174.

Walgrave 2006

L. Walgrave, Allochtone Marokkaanse jongeren en criminaliteit, in: M.-C. Foblets, J. Vrielink, J. Billiet (red.), *Multiculturalisme ontleed. Een staalkaart van onderzoek aan de K.U. Leuven*, Leuven: Leuven Universitaire Pers 2006, p. 329-348.

Walker 1997

B. Walker, Plural Cultures, Contested Territories: a Critique of Kymlicka, *Canadian Journal of Political Science* 1997, p. 211-234.

Van Walsum 1992

S. van Walsum, Het machtskarakter van het cultuurdebat, *Nemesis* 1992, p. 12-16.

Walzer 1994

M. Walzer, Comment, in: A. Gutmann (red.), *Multiculturalism, Examining the Politics of Recognition*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1994, p. 99-103.

Wanderer en Connors 1999

N. Wanderer en C. Connors, Culture and Crime, *Kargar* and the Existing Framework for a Cultural Defense, *Buffalo Law Review* 1999, p. 829-873.

Wedzinga 1994

W. Wedzinga, Herziening van de deelnemingsregeling, *AA* 1994, p. 136-142.

Wekker 1998

G. Wekker, Gender, identiteitsvorming en multiculturalisme; noties over de Nederlandse multiculturele samenleving, in: C. Geuijen (red.), *Multiculturalisme*, Utrecht: Lemma 1998, p. 39-54.

Werbner 1997

P. Werbner, Essentialising Essentialism, Essentialising Silence. Ambivalence and Multiplicity in the Study of Racism and Ethnicity, in: Pnina Werbner and Tariq Modood (red.), *Debating Cultural Hybridity*, London: Zed Books 1997, p. 226-254.

Westin 1998

Ch. Westin, Temporal and Spatial Aspects of Multiculturality, in: R. Bauöck en J. Rundell (red.), *Blurred Boundaries, Migration, Ethnicity, Citizenship*, Aldershot: Ashgate 1998, p. 53-84.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1979

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Minderhedenbeleid*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1979.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2001

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Nederland als immigratiesamenleving*, Den Haag: Sdu 2001.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

Van Wetering 2003

I. van Wetering, Winti en voodoo, in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yesilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 85-99.

Wicker 1997

H.-R. Wicker, From Complex Culture to Cultural Complexity, in: P. Werbner en T. Modood (red.), *Debating Cultural Hybridity*, London and New York: Zed Books 1997, p. 29-45.

Wiersinga 1993

H. Wiersinga, Dossier van een verloren zaak, *DD* 1993, p. 528-545.

Wiersinga 1996

H. Wiersinga, Amerika: de 'meltingpot' en het recht, *Proces* 1996, p. 119-127.

Wiersinga 1997

H. Wiersinga, Het 'beschavingsoffensief' en de wetgever, *Recht en kritiek* 1997, p. 128-154.

Wiersinga 1999a

H. Wiersinga, De standaard van het strafrecht in een multiculturele samenleving, in: K. Lünne-man, M. Loenen en A. Veldman (red.), *De onzichtbare standaard in het recht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p.133-142.

Wiersinga 1999b

H. Wiersinga, Schaking als cultureel delict, in: R. Haveman (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Nederlandse strafrechtsdagen 1999, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 167-185.

Wiersinga 2001a

H. Wiersinga, Cultural defense en cultureel verweer, in: *Proces* 2001, p. 170-171.

Wiersinga 2001b

H. Wiersinga, Gevallen van eerwraak in Nederland en het beslissingsmodel van de strafrechter, in: *Ontmoetingen*, Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap, nr. 7, 2001.

Wiersinga 2002

H. Wiersinga, *Nuance in benadering, Culturele factoren in het strafproces*, diss. Leiden, z.p., Boom Juridische uitgevers 2002.

Wiersinga 2005

H. Wiersinga, Culturele expertise in het strafrecht, *Trema*, Special 2005, p. 273-277.

Wikan 1999

U. Wikan, Debate: Culture in the Nation and Public Opinion, *Social Anthropology* 1999, p. 57-64.

Willekens 1992

H. Willekens, Culturele conflicten en vrouwenonderdrukking, in: J. Fiselier, F. Strijbosch (red.), *Cultuur en delict*, 's-Gravenhage: VUGA 1992, p. 169-174.

Williams 1995

M. Williams, Justice toward Groups: Political Not Juridical, *Political Theory* 1995, p. 67-91.

Van der Wilt 2006

H. van der Wilt, *Ontwikkeling van de deelnemingsvormen. 'Ben ik mijn broeders hoeder?'*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2006.

De Winter 1996

R. de Winter, Godsdienst als alibi, *NJB* 1996, p. 1-8.

Witteveen 2002

W. Witteveen, De wending naar rechtsstatelijkheid, in: W. Witteveen en B. van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 14-126.

Wittgenstein 2002

L. Wittgenstein, *Filosofische onderzoeken*, Amsterdam: Boom 2002.

Wolleswinkel 2005

M.W. Wolleswinkel, Geweld dat huiselijk wordt genoemd, in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis, J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber Amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 607-619.

Wolswijk 2004

H. Wolswijk, Cultuur en strafbaarheid, *RM Themis* 2004, p. 257-266.

Woo 1989

D. Woo, The People vs. Fumiko Kimura: But Which People?, *International Journal of the Sociology of Law* 1989, p. 403-428.

Woodman 2007

G. Woodman, The Cultural Defense in English Common Law: The Potential for Development, in: M.-C. Foblets en A. Dundes Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, (te verschijnen).

Wormhoudt 1986a

R. Wormhoudt, De culturele achtergrond van turkse justitiabelen en de strafrechtspleging, *Proces* 1986, p. 163-170.

Wormhoudt 1986b

R. Wormhoudt, Culturele achtergronden: strafuitsluitingsgronden?, *Proces* 1986, p. 329-336.

Wormhoudt 1991

R. Wormhoudt, Culturele achtergronden en strafrechtspleging, Winti, *Proces* 1991, p. 105-112.

Wöstmann 1990

M. Wöstmann, Discriminatie en onverschilligheid: over verschillende manieren van rekening houden met de cultuur, *Tijdschrift voor Criminologie* 1990, p. 179-189.

Wu 2003

M. Wu, Culture is No Defense for Infanticide, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 2003, p. 975-1022.

Yeşilgöz 1995

Y. Yeşilgöz, *Allah, Satan en het recht, Communicatie met Turkse verdachten*, diss. Utrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Yeşilgöz 1996

Y. Yeşilgöz, Tolken in strafzaken, *Proces* 1996, p. 154-157.

Yeşilgöz en Harchaoui 2003

Y. Yeşilgöz en S. Harchaoui, Eer voor beginners, in: F. Bovenkerk, M. Komen, Y. Yesilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 59-84.

Yen 2000

R. Yen, Racial Sterotyping of Asians and Asian Americans and Its Effects on Criminal Justice: A Reflection on the Wayne Lo Case, *Asian Law Journal* 2000, p. 1-28.

Young 1990

I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1990.

Young 1995

I.M. Young, A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka's Ethnic-Nation Dichotomy, *Constellations* 1997, p. 48-53.

Young 2000

I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford, New York: Oxford University Press 2000.

Zeegers 1980

M. Zeegers, *Misdaad en gezag, Een gerechtelijke psychiater over de mens in het strafrecht*, Nijkerk: Intro 1980.

De Zwaard 1994

J. de Zwaard, Een spreekbeurt over vrouwenbesnijdenis en cultuur, *Tijdschrift voor vrouwenstudies* 1994, p. 101-113.

Zwart 1999

T. Zwart, De juridische bescherming van minderheden door de Raad van Europa, *NJCM-Bulletin*, 1999, p. 336-357.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 21.829, nr. 2
Kamerstukken II 1990/91, 21.829 en 21.833, nr. 4
Kamerstukken II 1997/98, 25.726, nr. 1
Kamerstukken II 1998/99, 26.333, nr. 2
Kamerstukken II 1999/2000, 27.411, nr. 1
Kamerstukken II 2000/01, 27.400 VI, nr. 83
Kamerstukken II 2001/02, 28.000 VI, nr. 52
Kamerstukken II 2001/02, 28.198, nr. 2
Kamerstukken II 2001/02, 28.484, nr. 3
Kamerstukken II 2003/04, 28.484, nr. 13
Kamerstukken II 2003/04, 28.484, nr. 34
Kamerstukken II 2003/04, 28.484, nr. 41
Kamerstukken II 2003/04, 28.484, nr. 43
Kamerstukken II 2003/04, 28.689, nrs. 8-9
Kamerstukken II 2003/04, 29.200 XVI, nr. 231
Kamerstukken II 2003/04, 29.271, nr. 1
Kamerstukken II 2003/04, 29.451, nr. 1
Kamerstukken II 2003/04, 29.614, nr. 2
Kamerstukken II 2004/05, 22.894 en 29.800 XVI, nr. 66
Kamerstukken II 2004/05, 28.345, nr. 34
Kamerstukken II 2004/05, 28.345 en 29.203, nr. 38
Kamerstukken II 2004/05, 28.345 en 29.203, nr. 40
Kamerstukken II 2004/05, 29.203, nr. 15

Kamerstukken II 2004/05, 29.754, nr. 5
 Kamerstukken II 2004/05, 29.837, nrs. 1-2
 Kamerstukken II 2004/05, 29.936, nr. 2
 Kamerstukken II 2005/06, 22.894, nr. 101
 Kamerstukken II 2005/06, 30.300 XVI, nr. 21
 Kamerstukken II 2005/06, 30.304, nr. 1-2
 Kamerstukken II 2005/06, 30.308, nr. 3
 Kamerstukken II 2005/06, 30.388, nr. 1
 Kamerstukken II 2005/06, 30.388, nr. 6
 Kamerstukken II 2006/07, 30.388, nr. 8
 Kamerstukken II 2006/07, 30.810, nrs. 1-2

Handelingen I 1998/99, nr. 8, p. 153-178
 Handelingen II 2002/03, nr. 17, p. 941-970
 Handelingen II 2002/03, nr. 18, p. 1126-1157
 Handelingen II 2003/04, nr. 7, p. 253-257
 Handelingen II 2003/04, nr. 66, p. 4287-4290
 Handelingen II 2003/04, nr. 72, p. 4714-4742
 Handelingen II 2003/04, nr. 92, p. 5931-5978
 Handelingen II 2004/05, nr. 48, p. 3039-3123
 Handelingen II 2004/05, nr. 57, p. 3701-3712
 Handelingen II 2005/06, nr. 3, p. 71-95

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1853
 Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr. 301

Jurisprudentie

EHRM 13 augustus 1981, appl.nr. 7601/76, 7806/77 (Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 23 april 1992, appl. nr. 11798/85 (Castells/Spanje)
 EHRM 25 mei 1993, appl.nr. 14307/88 (Kokkinakis/Griekenland)
 EHRM 27 oktober 1994, appl. nr. 18535/91 (Kroon e.a./Nederland)
 EHRM 25 september 1996, appl.nr. 20348/92 (Buckley/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 1 juli 1997, appl.nr. 20704/92 (Kalaç/Turkije)
 EHRM 30 januari 1998, appl. nr. 19392/92 (United Communist Party of Turkey/Turkije)
 EHRM 14 december 1999, appl.nr. 38178/97 (Serif/Griekenland)
 EHRM 18 januari 2001, appl. nr. 24876/94 (Coster/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 25289/94 (Lee/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 18 januari 2001, appl.nr. 27238/95 (Chapman/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 15 februari 2001, appl.nr. 42393/98 (Dahlab/Zwitserland)
 EHRM 11 september 2001, appl.nr. 31876/96 (Tepeli e.a./Turkije)
 EHRM 2 oktober 2001, appl. nr. 59491/00 (Stankov/Bulgarije)
 EHRM 13 december 2001, appl.nr. 45701/99 (Metropolitan Church of Bessarabia e.a./Moldavië)
 EHRM 20 december 2001, appl. nr. 44158/98, (Gorzeli/Polen (1))

EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (Refah/Turkije)

EHRM 17 februari 2004, appl.nr. 44158/98, § 67 (Gorzelik/Polen (2))

EHRM 22 november 2004, appl.nr. 39793/98 (Petersen/Duitsland)

EHRM 20 oktober 2005, appl.nr. 74989/01 (Ouranio Toxo/Griekenland)

EHRM 10 november 2005, appl.nr. 44774/98 (Leyla Şahin/Turkije)

EHRM 14 februari 2006, appl.nr. 28793/02, § 64 (Christian Democratic People's Party/Moldavië).

HR 26 juni 1916, NJ 1916, p. 703

HR 8 januari 1917, NJ 1917, p. 175 e.v.

HR 20 juni 1950, NJ 1951, 349

HR 20 juni 1950, NJ 1951, 350, m.nt. WP

HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201

HR 17 april 1962, NJ 1963, 15

HR 4 november 1969, NJ 1970, 127

HR 1 februari 1977, NJ 1977, 563

HR 4 december 1977, NJ 1978, 101

HR 20 november 1979, NJ 1980, 129

HR 4 december 1979, NJ 1980, 157

HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201

HR 15 april 1986, NJ 1986, 741

HR 16 januari 1987, NJ 1987, 405, m.nt. ThWvV

HR 3 maart 1987, NJ 1988, 7

HR 9 juni 1987, NJ 1988, 318

HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 679

HR 21 februari 1989, NJ 1989, 668, m. nt. 't H

HR 18 september 1989, NJ 1990, 291, m. nt. 't H

HR 2 februari 1990, NJ 1991, 289

HR 13 februari 1990, NJ 1990, 457

HR 27 februari 1990, NJ 1991, 109

HR 2 juli 1990, NJ 1991, 110, m. nt. GEM

HR 26 maart 1991, NJ 1992, 196, m.nt. ThWvV

HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m. nt. 't H

HR 27 juni 1995, NJ 1995, 711

HR 28 mei 1996, DD 96.321

HR 1 juli 1996, NJ 1996, 753

HR 29 april 1997, NJ 1997, 627, m.nt. JdH

HR 27 juni 2000, NJ 2000, 605

HR 21 november 2000, NJ 2001, 160, m.nt. JdH

HR 9 januari 2001, NJ 2003, 203

HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204, m.nt. JdH

HR 17 september 2002, LJN AE6118

HR 14 februari 2003, NJ 2003, 261, m.nt. PMc

HR 23 maart 2003, NJ 2003, 552

HR 14 oktober 2003, LJN AJ1457 (NJ 2005, 182, m.nt. Kn)

HR 30 november 2004, LJN AR2067

HR 11 april 2006, NJ 2006, 393, m.nt. YB

HR 10 oktober 2006, LJN AX9216

Hof Leeuwarden 22 januari 2000, LJN AD8362
 Hof's-Gravenhage 21 april 2000, LJN AD9578
 Hof Leeuwarden 19 juni 2000, LJN AD8362
 Hof's-Hertogenbosch 28 februari 2001, LJN AD9519
 Hof Arnhem 5 september 2002, LJN AE7332
 Hof Arnhem 5 september 2002, LJN AE7333
 Hof Arnhem 5 september 2002, LJN AE7334
 Hof's-Gravenhage 18 september 2001, LJN AD4064
 Hof's-Gravenhage 18 september 2001, LJN AD6285
 Hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4024
 Hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4025
 Hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4026
 Hof Arnhem 12 juni 2002, LJN AE4029
 Hof's-Gravenhage 18 november 2002, NJCM-bulletin 2003, p. 461-470, m.nt. M. de Blois
 Hof's-Gravenhage 29 oktober 2002, LJN AE9597
 Hof's-Gravenhage 29 oktober 2002, LJN AE9598
 Hof Leeuwarden 5 november 2003, LJN AN7321
 Hof Amsterdam 21 maart 2004, LJN AU0361
 Hof Amsterdam 21 mei 2005, LJN AU0361
 Hof's-Gravenhage 23 juni 2005, LJN AU0180
 Hof Arnhem 6 juli 2005, LJN AT8835

Rb Dordrecht 12 januari 1979, NJ 1979, 214
 Rb Breda 22 november 1982, NJCM-Bulletin 1983, p. 34-36, m.nt. R. de Winter
 Rb Dordrecht 20 december 1999, LJN AA4019
 Rb 's-Hertogenbosch 31 mei 2000, LJN AA6029
 Rb 's-Hertogenbosch 20 december 2000, LJN AA9084
 Rb 's-Hertogenbosch 20 december 2000, LJN AA9085
 Rb 's-Hertogenbosch 20 december 2000, LJN AA9086
 Rb 's-Hertogenbosch 13 februari 2001, LJN AA9954 (NJ 2001, 130)
 Rb Haarlem 9 mei 2001, LJN AB1503
 Rb Leeuwarden 12 juni 2001, LJN AB2062
 Rb 's-Gravenhage 18 september 2001, LJN AD4064
 Rb 's-Gravenhage 2 oktober 2001, LJN AD3929
 Rb 's-Gravenhage 28 november 2001, LJN AD6285
 Rb 's-Gravenhage 14 december 2001, LJN AD7192
 Rb 's-Gravenhage 25 februari 2002, LJN AD9565
 Rb 's-Gravenhage 25 februari 2002, LJN AD9567
 Rb Rotterdam 8 april 2002, LJN AE1154
 Rb Groningen 28 januari 2003, LJN AF3426
 Rb Groningen 28 januari 2003, LJN AF3437
 Rb Groningen 17 juli 2003, LJN AH9935
 Rb Middelburg 15 oktober 2003, LJN AL9045
 Rb Dordrecht 21 oktober 2003, LJN AM2493
 Rb Dordrecht 24 juni 2004, LJN AP1791

Rb Dordrecht 24 juni 2004, LJN AP4401
Rb Dordrecht 24 juni 2004, LJN AP4470
Rb Amsterdam 7 juli 2004, LJN AP8622
Rb Haarlem 20 december 2004, LJN AR7822
Rb Leeuwarden 3 mei 2005, LJN AT4973
Rb Amsterdam 26 juli 2005, LJN AU0025
Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, LJN AU4636
Rb Leeuwarden 20 oktober 2005, LJN AU4638
Rb Arnhem 11 november 2005, LJN AU5991
Rb Utrecht 23 maart 2006, LJN AV7352
Rb Breda 13 september 2006, LJN AY8122

Ktr. Zevenbergen 3 februari 1982, NJCM-Bulletin 1982, p. 418-425,
m.nt. R.E. de Winter

Trefwoordenregister

De verwijzing achter het trefwoord betreft enkel een verwijzing naar het randnummer waarin het trefwoord centraal staat

A

Aanspreekbaarheid 154, 217-220, 225, 227, 242, 310

Afbeeldingsdenken 168-171, 281, 295, 306, 334

Allochtoon (definitie) 8

Allochtone misdaad 16, 17, 44

Assimilatie

- algemeen 27

- culturele 163, 178, 245, 298

- politieke 164-165, 298

Afwezigheid van alle schuld 91

B

Bloedwraak

- als voorbeeld van een cultureel delict 1, 3, 9, 10

- in de jurisprudentie 63, 67, 73

Burgerschap

- communitaristisch 150, 302

- en aanspreekbaarheid 220, 227, 233-234, 239, 276, 277, 280, 283, 302, 307, 309-310, 313

- liberaal 150

- neorepublikeins 150, 151, 162, 226-227, 302

- republikeins 150

C

Collectieve rechten

- definitie van – 152-153

- nadelen van – 154-159

Collectieve aansprakelijkheid 292, 294, 295-298

Contrafacticiteit

- en afbeeldingsdenken 170

- en culturele verschillen 178-179

- en democratische rechtsstaat 181-182

Criteriumfiguur 82, 94, 321

Cultureel verweer

- als analytisch concept 115, 121

- definitie 122-123

- nadelen van een 137-142

- paradox van het 160

- voorbeelden van een 118-119

- voordelen van een 133-136, 142, 166

Culturele achtergrond (definitie) 5

Culturele delicten

- als rechtsdelict 10

- als wetsdelict 9
- definitie 8

Cultuur

- constructivistische visie op 256-257, 258-260
- en handelen 147, 197, 232, 239, 247, 253, 256-257, 258, 261-264, 282, 316, 318
- essentialistische visie op 252-255
- gematigd constructivistische visie op 261-263
- recht en – 98, 176-177
- recht op – 147-149

Cultuurrelativisme

- en erkenning 278
- en tolerantie 162

D

Democratische rechtsstaat

- democratie en burgerschap 150
- en cultuur 147, 163, 181-182
- en normen 198, 210
- en strafrechtelijke doctrine 101
- introductie 23-24, 145-146
- onderlinge verbondenheid tussen democratie en rechtsstaat 151, 160
- rechtsstaat en vrijheden 147-149, 214

Dialog

- belang van – 223, 270
- en aanspreekbaarheid 224, 282

E

Eerwraak

- als voorbeeld van een cultureel delict 1, 9, 10, 17, 18
- in de jurisprudentie 64, 68, 72, 73, 239, 269, 292
- in politieke discussies 45, 52, 54-55, 296
- in rechtswetenschappelijke discussies 93, 98, 239, 292

El Moumni-zaak 189, 190, 193, 203, 227

Enculturatie 123, 253

Erkenning

- als acknowledgement 278, 280
- en strafrecht 278, 281-285
- formele – 276, 277

F

Flexibiliteit in het strafrecht 22

G

Gelijkheid

- als onbepaalbaar uitgangspunt 171
- en multiculturele samenleving 27-28
- formele gelijkheid 133, 141
- in nota Criminaliteit in relatie tot etnische minderheden 45
- materiële gelijkheid 133, 171

Gesinningsstrafrecht 56, 292, 297

Gewetensbezwaren 19-21
 Grondslagentheoretisch onderzoek 32
 Groepsrechten → zie collectieve rechten
 Güterabwegungsprinzip 211

I

Identiteit

- en cultuur 253-253, 256, 258, 263
- en de betekenis voor verwijtbaarheid 246, 273-274, 276-277, 280, 284, 319
- individuele dimensie van – 259, 266, 273, 297, 301, 322
- collectieve dimensie van – 133, 155, 258, 266, 273, 297
- narratieve 247-249, 263-265

Immigratiesamenleving 13, 26

Interculturalisatie 44

Interpretatieve terughoudendheid 20-21, 231-232, 234

J

Juridische begrippen

- als ficties 169-170
- cultureel verweer en vergroting van accuratesse van – 135-136
- en afbeeldingsdenken 169-170

K

Kwetsbare historiciteit 175

L

Legaliteitsbeginsel

- en interpretatievrijheid door de rechter 65, 166, 224, 228-231
- lex certa 48

M

Medeplegen 62-65, 293-294, 296

Meisjesbesnijdenis 9, 10, 17, 43, 45, 46-50, 86, 93, 101, 158, 224

Migrantenrecht 8, 34, 141, 182, 190, 200, 312

Monoculturele samenleving 27

Multiculturalisme 28

Multiculturele samenleving

- ontwikkeling in het denken over de 26-27

Multiculturaliteit 28

N

Neutraliteit 99, 176, 213

Noodweer 3, 59, 66-67, 74, 81-83, 94, 191, 209, 211, 309-310

Noodweereces 84

Normen

- ethische component van – 206-211, 336
- in relatie tot handeling 156-157, 178, 192, 198, 201, 203-204, 211, 239, 241, 318, 336
- morele component van – 208-211, 336
- rechts- → zie rechtsnorm
- sociale – 10, 85, 152, 192-193, 200, 224

– tegen- 211, 304, 308, 309

Nota CRIEM → Zie Nota Criminaliteit in relatie tot etnische minderheden

Nota Criminaliteit in relatie tot etnische minderheden 17-18, 44-45

O

Onafhankelijkheid 12

Onpartijdigheid 12

Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid 85-86, 153

Ontoerekenbaarheid 88

Ontvangende samenleving (definitie) 5

Opzet 76-77

Overmacht in de zin van noodtoestand 20, 79-80

Overtuigingsdader 19

P

Paradox van multiculturele kwetsbaarheid 158, 160

Primordiale bindingen 262

Private sfeer 48, 99, 101, 176, 213, 244, 329

Psychische overmacht

– en culpa in causa 322

– en ontoerekenbaarheid 316-318

– in de jurisprudentie 68-70

– in de doctrine 89-90, 95, 317-322

Publieke sfeer 99, 100, 150, 196-198, 213, 218, 221, 229, 244, 247, 265, 275, 318, 329, 333

R

Rechtsbescherming 146, 152, 159, 160, 166, 170, 181, 182, 299, 331-332, 334

Rechtsbetrekking 176, 283

Rechtsgoederen 223

Rechtsnormen

– dubbele dimensie van - 198, 336

– ethische dimensie van - → zie normen, ethische dimensie van -

– in relatie tot handeling - → zie normen, in relatie tot handeling -

– in verhouding tot normen 192-193

– morele dimensie van - → zie normen, morele dimensie van -

– verfijning van 194, 199-201, 220, 229, 306, 336, 337

Rechtspluralisme 235

Rechtssubjectiviteit

– en afbeeldingsdenken 167-168, 170-171, 334

– en cultureel verweer 133, 141

– en identiteit 245, 250, 276

Reflectie, eisen van 224, 278, 281, 285, 321, 324, 338, 339

S

Schadebeginsel 99, 100, 181, 192, 223, 244, 302, 308, 310, 321

Schaking 18, 61, 119

Slachtoffer 142, 158-159, 271, 282, 310, 313, 332

Sociale handelingsleer 240

Sterke evaluaties 254, 256, 266

Strafmaatmotivering 71-74, 93, 96, 311, 329

Strong rights 148

Superantropoloog, de rechter als 295

T

Terechtzitting

– als ritueel 154

– als plaats waar interculturele communicatie moet plaatsvinden 216, 218, 225, 337

– en gevaar van dwangcommunicatie 154

Tolerantie 100, 161-162, 233, 308, 333

V

Veghelse eerwraakzaak 51, 69, 73, 239, 260, 269, 281, 282, 322

Vergelding 48, 124, 159

Vernedering 269-274, 277, 282, 338

Verwijtbaarheid

– en identiteit → zie Identiteit, en de betekenis voor verwijtbaarheid

Vrijheid

– positieve – 214, 216, 218, 225, 336

– negatieve – 215, 216, 227, 305, 336

Vrouwelijke genitale verminking → zie meisjesbesnijdenis

W

Waarden 180

Wederrechtelijkheid

– invloed van rol van verdachte op – 218-219, 224-227, 302, 304, 309, 336

Wilsvrijheid

Winti 9, 10, 66

Woordvoerder(schap) 153, 154-155, 332

Z

Zevenaarse bloedwraak 1, 3, 63, 67, 73, 191, 218

Zorgplicht 303, 304

Curriculum Vitae

Jeroen ten Voorde werd op 21 februari 1977 geboren in Papendrecht. In 1994 behaalde hij zijn Havo-diploma, in 1996 gevolgd door het VWO-diploma aan het Willem de Zwijgercollege in Papendrecht. Van september 1996 tot april 2001 studeerde hij Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij studeerde af in de specialisatie-richting strafrecht en criminologie. Vanaf 1 juni 2001 was hij als onderzoeker-in-opleiding verbonden aan de sectie rechtsfilosofie van de Faculteit der rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Sinds 1 september 2005 is hij als docent straf- en strafprocesrecht verbonden aan de afdeling straf- en strafprocesrecht van de Faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.